

Vorträge, Reden und Berichte aus dem Europa-Institut / Nr. 137

herausgegeben

von Professor Dr. Dr. Georg RESS
und Professor Dr. Michael R. WILL

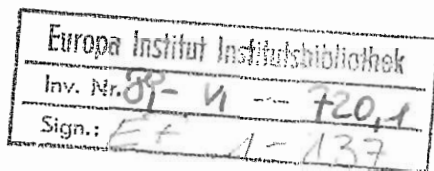
Georg RESS (Hrsg.)

RECHTSPROBLEME DER RECHTSANGLEICHUNG

WISSENSCHAFTLICHES KOLLOQUIUM
AUS ANLASS DES 70. GEBURTSTAGES VON
HEINRICH MATTHIES

mit Beiträgen von

H.-J. GLAESNER, P. KARPENSTEIN, G. RESS
und H.C. TASCHNER



Saarbrücken, 12. November 1987

1988 © Europa-Institut der
Universität des Saarlandes

Nicht im Buchhandel erhältlich

Abgabe gegen eine Schutzgebühr
von 15,— DM

12



L. Methis.

Inhaltsverzeichnis

Seite

I. Begrüßung

Professor Dr. Elmar WADLE	5
Dekan der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Universität des Saarlandes	

II. Vorträge

Professor Dr. Dr. Georg RESS	9
Erster Vizepräsident der Universität des Saarlandes und Direktor des Europa-Instituts	
"Löst Art. 100 a EWGV die Probleme der Rechtsangleichung des einheitlichen Binnenmarktes?"	
Professor Dr. Hans-Joachim GLAESNER	35
Generaldirektor a.D. des Rates der EG	
"Bemerkungen zur Interpretation von Art. 100 a EWGV"	
Professor Dr. Peter KARPENSTEIN	55
Rechtsberater der Kommission der Europäischen Gemeinschaften	
"Doppelte Rechtsgrundlagen im Gemeinschaftsrecht"	
Professor Dr. Hans Claudius TASCHNER	87
Abteilungsleiter der Kommission der Europäischen Gemeinschaften	
"Qualifizierte Mehrheit für Maßnahmen zur Rechtsangleichung?"	

III. Schlußwort

Professor Dr. Heinrich MATTHIES	101
Generaldirektor e.h. der Kommission der Europäischen Gemeinschaften	

IV. Liste der Veröffentlichungen von Herrn Professor Dr. Heinrich MATTHIES
--

103

G R U S S W O R T

von Herrn Professor Dr. Elmar WADLE

Dekan der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
der Universität des Saarlandes

Im Namen der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät darf ich Sie herzlich zu diesem wissenschaftlichen Kolloquium über die Probleme der Rechtsangleichung begrüßen. Das Europa-Institut und mit ihm Fachbereich und Fakultät wollen mit dieser Veranstaltung einen der ihren aus Anlaß seines 70. Geburtstages ehren. Ich darf Sie, sehr geehrter Herr Kollege Matthies, sehr herzlich begrüßen und Ihnen im Namen der gesamten Fakultät meine besten Glückwünsche aussprechen.

Erlauben Sie mir bitte noch einige Worte zu Ihrem nicht gerade gewöhnlichen Lebenslauf. Als Mann der ersten Stunde kamen Sie bereits 1953 zum Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl. In den folgenden Jahrzehnten absolvierten Sie in mustergültiger Weise die Laufbahn hoher europäischer Beamter; als Generaldirektor ehrenhalber der Kommission der EG sind Sie vor einigen Jahren aus dem Dienst geschieden. Mit der Universität des Saarlandes sind sie fast genauso lange verbunden wie mit den europäischen Behörden. Bereits im Sommersemester 1958 haben sie einen ersten Lehrauftrag am Europa-Institut übernommen. Der Titel Ihrer Vorlesung lautete damals: "Die Gerichtsbarkeit der westeuropäischen Vertragsgemeinschaften". In den folgenden Semestern und Jahren haben Sie sich immer wieder im Lehrprogramm des Europa-Instituts engagiert. Fakultät und Universität haben diesen Ihren Einsatz, aber auch Ihre wissenschaftliche und praktische Arbeit im Dienste des europäischen Gedankens durch Ihre Ernennung zum Honorarprofessor für Europarecht anerkannt. Am 6. Februar 1970 wurde Ihnen die Ernennungsurkunde überreicht.

Die heutige Veranstaltung will in angemessener Form einen Teil der Dankesschuld tragen, die Ihnen gegenüber besteht. Zugleich ist es eine gute Gelegenheit, auf einen Mann hinzuweisen, der in vorbildlicher Weise die Bemühungen des Europa-Instituts unterstützt hat. Er mag für viele als Vorbild gelten.

Meine Damen und Herren, Ihnen allen wünsche ich ein gutes Gelingen dieses Kolloquiums; Herrn Kollegen Matthies wünsche ich aus gegebenem Anlaß viel Freude an der wissenschaftlichen Auseinandersetzung.

V O R T R A G

von Herrn Professor Dr. Dr. Georg RESS
Erster Vizepräsident der Universität des Saarlandes
und Direktor des Europa-Instituts

LÖST Art. 100 a EWGV DIE PROBLEME DER RECHTSANGLEICHUNG
DES EINHEITLICHEN BINNENMARKTES?

Löst Art. 100a EWGV die Probleme der Rechtsangleichung für den europäischen Binnenmarkt?

1. Vorbemerkung

Harmonisierung und Angleichung von Rechtsvorschriften stehen im Mittelpunkt der Verfahren zur Schaffung eines einheitlichen Binnenmarktes bis zum 31. Dezember 1992¹. Maßgeblicher Leitgedanke ist der "ausgewogene Fortschritt" aller "betroffenen Sektoren" (Art. 8 b Abs. 2 EWGV). Der unterschiedliche Entwicklungsstand der Volkswirtschaften darf bei der Verwirklichung des Binnenmarktes berücksichtigt werden; es sind sogar vorübergehende Ausnahmen und damit eine zeitweilige Abkopplung (nach Art. 8 b Abs. 2 EWGV) zulässig. Während Art. 99 EWGV einstimmige Entscheidungen des Rates für die Harmonisierung der Rechtsvorschriften über die Umsatzsteuern, die Verbrauchsabgaben und sonstige direkte Steuern vorsieht, wird durch Art. 100 a die qualifizierte Mehrheit eingeführt. Im Gegensatz zu Art. 100 EWGV, wonach der Rat Richtlinien zur Angleichung von Rechtsvorschriften nur einstimmig erlassen konnte, genügt nach Art. 100 a Abs. 1 EWGV die qualifizierte Mehrheit, soweit Vorschriften betroffen sind, die die Schaffung und das Funktionieren des Binnenmarktes zum Gegenstand haben. Der nach Art. 8 a schrittweise zu verwirklichende "Binnenmarkt", der einen Raum ohne Binnengrenzen umfaßt, in dem der freie Verkehr von Waren, Personen, Dienstleistungen und Kapital gemäß den Bestimmungen des EWGV gewährleistet ist, wird damit zum neuen Schlüsselbegriff für Harmonisierungs- und Angleichungsmaßnahmen. Im Unterschied zu Art. 100 EWGV, der die Kompetenz zur Rechtsangleichung an die Auswirkung nationaler Vorschriften anknüpft, ist nach Art. 100 a EWGV eine Angleichung auf dem gesamten Gebiet des Binnenmarktes zulässig, ohne daß irgendeine negative Auswirkung des nationalen Rechts feststellbar sein müßte.

Ein weiteres Ziel des Binnenmarktes ist die Verwirklichung des Herkunftsprinzips, wonach jede Ware und Dienstleistung im ganzen Markt abgesetzt werden kann, wenn sie den Anforderungen des Herkunftsstaates genügt. Dieses Prinzip kann nur verwirklicht werden, wenn in allen Mitgliedstaaten die gleichen technischen Standards auf einem Mindestniveau gelten. Gleichwohl kann selbst ein solches Niveau, das nach Art. 100 a Abs. 3 EWGV in den Bereichen Gesundheit, Sicherheit, Umweltschutz und Verbraucherschutz auf hohem Schutzstandard angeglichen werden soll, Probleme aufwerfen, wenn Mitgliedstaaten (a) das Niveau schwer erreichen² können oder (b) das Niveau noch als zu niedrig ansehen. Zur Verwirklichung des Binnenmarktes sieht das Weißbuch der Kommission vor:

(1) Die Beseitigung materieller Schranken hinsichtlich der Waren- und Personenkontrolle,

(2) die Beseitigung technischer Hemmnisse für den freien Warenverkehr, das öffentliche Auftragswesen, die Freizügigkeit für abhängige Erwerbstätige und Selbständige, den Gemeinsamen Markt für Dienstleistungen, Kapitalbewegungen, Schaffung angemessener Bedingungen für die industrielle Zusammenarbeit und die Anwendung des Gemeinschaftsrechts und

(3) die Beseitigung von Strukturschranken bei der Mehrwertsteuer und sonstigen Verbrauchssteuern.

Entsprechend der geänderten Konzeption der Kommission beschränken sich die vorgeschlagenen Maßnahmen im wesentlichen auf

(4) Rahmenrichtlinien, die lediglich horizontale Harmonisierungsziele und keine vertikalen (produktbezogenen) Regelungen festlegen,

(5) die Festsetzung von lediglich bindenden Mindeststandards oder Höchstwerten für Produkte und

(6) die Übernahme des aus der deutschen Rechtspraxis stammenden Konzeptes des Normenverweises, der beim³ Abbau technischer Handelshemmnisse angewandt werden soll³. Allein im Gesundheits- und Sicherheitsbereich hält die Kommission eine Vereinheitlichung oder zumindest⁴ Teilharmonisierung von Vorschriften noch für unerlässlich⁴. Für alle im einzelnen vorgeschlagenen Maßnahmen ist im Weißbuch ein genauer Zeitplan zur Verabschiedung der Maßnahmen durch den Ministerrat vorgegeben, bei dem allerdings schon jetzt⁵ abzusehen ist, daß er kaum eingehalten werden dürfte⁵.

2. Rechtsangleichung im Binnenmarkt

"Binnenmarkt" ist ein engerer Begriff als "Gemeinsamer Markt", der auch den Verkehr nach außen umfaßt und nicht nur räumlich, wie in Art. 8 a Abs. 2 für den Binnenmarkt definiert, zu verstehen ist. Es ist vorauszusehen, daß das Territorialitätsprinzip, das in dem "Raum"-Begriff zum Ausdruck kommt, erhebliche Probleme aufwerfen wird, weil sich Innen- und Außensphäre bei einem solchen Rechtsregime nur schwer trennen lassen. Die Schwierigkeit entsteht selbst dann, wenn das Regime normativ auf den Binnen-Raum ausgerichtet ist.

Die qualifizierte Mehrheit, die an Vorschläge der Kommission gebunden ist und bei Abweichen davon nach der Regel des Art. 149 Abs. 1 (unverändert⁶ gelassen durch Art. 7 EEA) der Einstimmigkeit im Rat bedarf⁶, bildet die entscheidende Neuerung. Sie bedeutet den Übergang zur Gemeinschaftsgesetzgebung in weiten Bereichen mit Mehrheitsentscheidung⁷ (freilich müssen immer 8 Länder zustimmen) und eröffnet die Möglichkeit,

daß so gewichtige Länder wie Frankreich und die Bundesrepublik Deutschland zusammen überstimmt werden. Die Neuerung wird durch Art. 100 a Abs. 2 dadurch eingeschränkt, daß sie für einige wichtige Sachgebiete, wie die Bestimmung über Steuern, die Freizügigkeit und die Bestimmung über die Rechte und Interessen der Arbeitnehmer, nicht gilt. In diesen Bereichen ist weiterhin Einstimmigkeit erforderlich.

Die Bedeutung der qualifizierten Mehrheit wird dadurch verstärkt, daß aufgrund von Art. 100 a EWGV nicht nur Richtlinien, wie dies nach Art. 100 EWGV möglich war, sondern alle Arten von Maßnahmen und damit auch Verordnungen erlassen werden können, bei denen sich im Gegensatz zu Richtlinien in der Regel die Frage nicht stellt, ob sie unmittelbar in den Mitgliedstaaten gelten. Allerdings hat die Kommission eine Erklärung zu Art. 100 a EWGV abgegeben, wonach sie "bei ihren Vorschlägen nach Art. 100 a Abs. 1 der Rechtsform der Richtlinie den Vorzug geben wird, wenn die Angleichung in einem oder mehreren Mitgliedstaaten eine Änderung von gesetzlichen Vorschriften erfordert". Welche rechtliche Bedeutung hat eine derartige Erklärung der Kommission zur Einheitlichen Europäischen Akte? Kann eine Verordnung mit der Begründung angefochten werden, es hätte die Form einer Richtlinie gewählt werden müssen? Da die Kommission selbst nicht Vertragspartner der Einheitlichen Europäischen Akte ist, ist es nicht möglich, diese Erklärung ohne weiteres zum Vertragsbestandteil oder als Erklärung eines Vertragspartners i.S. von Art. 31 Abs. 2 lit. b WVRK anzusehen⁹. Es handelt sich um die Erklärung eines "Dritten", der freilich mit der Ausführung der in dem Vertrag vorgesehenen Maßnahmen betraut wird. Die Erklärung ist gegenüber allen 12 Mitgliedstaaten abgegeben und ist rechtlich im Verhältnis der Mitgliedstaaten zueinander als Teil der Geschäftsgrundlage für den Abschluß der Einheitlichen Europäischen Akte aufzufassen. Da die Erklärung kein

Vertragsbestandteil ist, kann eine Abweichung vom Inhalt der Erklärung auch keine Vertragsverletzung darstellen. Man könnte allenfalls erwägen, daß die Vertragsstaaten die in der Erklärung zum Ausdruck kommende "Selbstbindung" der Kommission in ihre eigene Willensübereinkunft aufgenommen haben und sie damit zum Vertragsbestandteil machen wollten. Im Rahmen eines bestehenden Vertrages wäre eine solche Prozedur rechtlich außerordentlich fragwürdig. Sie könnte als spätere Praxis nur dann Grundlage einer entsprechenden Auslegung sein, wenn diese Praxis dafür eindeutige Anhaltspunkte böte (z.B. generelle Zurückweisung anderer Rechtsaktformen als Richtlinien durch den Rat).

Wird eine solche Erklärung allerdings bei Vertragsabschluß abgegeben, wäre es denkbar, daß die Mitgliedstaaten damit einer besonderen Ermessensbeschränkung bei der Einräumung der Kompetenz an die Kommission Ausdruck verleihen wollten. Dann wäre sie aber besser als Erklärung der Mitgliedstaaten und nicht der Kommission formuliert worden. Gegen eine solche Interpretation (Vertragsbestandteil) sprechen zum einen der Wortlaut der Erklärung, nämlich, daß es sich überhaupt um eine Erklärung der Kommission und nicht der Mitgliedstaaten handelt, und zum anderen der Inhalt, welcher keine feste rechtliche Bindung zum Ausdruck bringt. Selbst wenn man also in Erwägung zieht, daß eine rechtlich maßgebliche Beschränkung, die auch als Vertragsverletzung geltend gemacht werden könnte, in der Erklärung zum Ausdruck kommen soll, so ist der Inhalt doch so vage, daß eine Grenze schwerlich ersichtlich ist. Daß die Kommission bei ihren Vorschlägen der Richtlinie "den Vorzug geben wird", bedeutet nicht, daß die Kommission auf jeden Fall und immer von der Rechtsform der Richtlinie Gebrauch machen wird. Dann hätte formuliert werden müssen, daß die Kommission in diesen Fällen stets die Form der Richtlinie wählen wird. Da nicht angegeben ist, wann die Kommis-

sion von der Vorzugsbehandlung abweichen darf, bleibt ihr - auch unabhängig von der Rechtsqualität der Erklärung - ein außerordentlich weiter Ermessensspielraum. Nur wenn die Kommission im Regelfall auch dann, wenn eine Änderung von gesetzlichen Vorschriften erforderlich ist, die Verordnungsform wählen sollte, könnte von einem Mißbrauch der in Art. 100 a Abs. 1 EWGV eingeräumten Kompetenz gesprochen werden.

Durch Art. 100 a sind auch die Befugnisse des Parlaments erweitert worden, da dieses in¹⁰ Verbindung mit Art. 149 Abs. 2 an der Entscheidung mitwirkt .

3. Das Problemlösungspotential des Art. 100 a EWGV

Der Preis, der für die qualifizierte Mehrheit zu zahlen war, kommt in der Regelung nach Art. 100 Abs. 4 zum Ausdruck, wonach den Mitgliedstaaten in besonderen Fällen die Befugnis zu einseitigen Maßnahmen eingeräumt wird. Das Verständnis für diese Kompetenz- und Verfassungsregelung ist nur zu gewinnen, wenn man sich vor Augen hält, welche Probleme Art. 100 a wirklich lösen sollte.

a) Probleme der Anwendung von Art. 8 c EWGV

Die Regelung löst nicht das Problem des Zurückbleibens eines Mitgliedstaates, der dem "hohen" Standard nicht völlig genügen zu können glaubt (Wunsch des Beibehaltens eines niedrigen Standards). Diese Probleme sind in Art. 8c EWGV angesprochen: Sie enthalten die Verpflichtungen der Kommission zur Berücksichtigung des unterschiedlichen Entwicklungsstandes, also nicht nur Anregungen oder Programme. Enthalten sie auch Verpflichtungen des Rates? Wird eine nach Art. 100 a mit qualifizierter Mehrheit beschlossene Richtlinie rechtswidrig, weil

sie auf einem Vorschlag der Kommission beruht, der "den unterschiedlichen Entwicklungsstand der Volkswirtschaften" nicht ausreichend berücksichtigt? Es hätte rechtlich wenig Sinn, nur die Kommission zu binden, den Rat aber rechtlich freizustellen¹¹. Da der Inhalt der Regelungen durch unbestimmte Rechtsbegriffe und Ermessen ("kann" geeignete Bestimmungen vorschlagen) geprägt ist, wird ein Ermessensmißbrauch, der denkbar ist, außerordentlich selten sein.

b) Die Sperrwirkung

Vor Erlaß des Art. 100 a EWGV war eine Angleichung von Rechtsvorschriften nach Art. 100 nur einstimmig auf Vorschlag der Kommission möglich. Mit Erlaß der Richtlinie tritt nach herrschender Auffassung eine Sperrwirkung¹² und damit ein Verbot des Rückgriffs auf Art. 36 EWGV ein¹². Der Streit über einen möglichen Alleingang der Bundesrepublik Deutschland bei der Einführung des Katalysator-Autos und des bleifreien Ben- zins hat das Problembewußtsein für diese Fragen geschärft¹³. Der Erlass der Richtlinie verpflichtet die Mitgliedstaaten nach herrschender Auffassung nicht nur ad hoc zu einer entsprechenden Änderung ihrer Rechtsordnung, sondern gebietet auch einen "stand still" bezüglich der angeglichenen Materie insoweit, als sich die Änderung nicht im Rahmen des Angleichungsziels der Richtlinie bewegt. Sofern die Richtlinie sogar bewirkt, daß der einzelne sich vor den nationalen Gerichten unmittelbar auf die Richtlinienbestimmungen berufen kann¹⁴ und die Richtlinienbestimmungen zur Verdrängung entgegenstehenden nationalen Rechts im Einzelfall führen, sperrt die Richtlinie zumindestens die Wirkungsmöglichkeit entgegenstehenden nationalen Rechts. Nach Ansicht des BVerfG¹⁵ hat zwar eine Erweiterung der Rechtsetzungsbefugnis der Gemeinschaft nicht stattgefunden, so daß von einer unmittelbaren Rechtsetzungswirkung im nationalen Rechtsraum nicht wie bei

Verordnungen die Rede sein kann. Das rechtliche Ergebnis ist jedoch, wie immer die Konstruktion lautet, im Einzelfall das gleiche. Die negative Pflicht, das angegliche Recht weder zu modifizieren noch aufzuheben, also die Sperrwirkung, wird als Ausdruck des Vorrangs des Gemeinschaftsrecht vor dem nationalen Recht qualifiziert mit der Folge, daß nur Gemeinschaftsorgane durch neue Richtlinien auf Gemeinschaftsebene dieses Recht ändern oder modifizieren können. Constantinesco¹⁶ hat die These vertreten, daß dem nationalen Gesetzgeber die Kompetenz zur Disposition über das angegliche Recht entzogen ist. Im gegenständlichen Umfang der Richtlinie, d.h. im gleichen Umfang wie die Angleichung stattfindet, soll ein Souveränitätsverlust der Mitgliedstaaten erfolgt¹⁷ und die bislang nationale Gesetzgebungskompetenz auf die Gemeinschaft¹⁸ übergegangen sein.

Das Problem der Sperrwirkung von Richtlinien (ein Teilaspekt des sog. "principle of pre-emption"¹⁹) führt zur Grundsatzfrage des Verhältnisses zwischen europäischem Gemeinschaftsrecht und verbleibender nationaler Regelungsbefugnis²⁰. Die These von der "Sperrwirkung" mündet in die europarechtliche Grundsatzfrage, ob die Tatsache, daß die EG Gemeinschaftsnormen geschaffen hat, rechtspolitische Anliegen der Mitgliedstaaten und wenn ja, inwieweit, blockiert. Ist wirklich davon auszugehen, daß Gemeinschaftsrechtsnormen, wie z.B. Richtlinien, den Mitgliedstaaten Kompetenz und Verantwortung auf dem gesamten Gebiet genommen haben und eine Sperrwirkung auch gegenüber neuen Schutzbedürfnissen eintritt? Der EuGH hat - seit dem Urteil Denkavit²¹ - die Freiheit der Mitgliedstaaten, im nicht-harmonisierten Bereich unter Berufung auf Art. 36 einseitige Maßnahmen zu treffen, in der Vergangenheit wieder bestätigt. Er hat eine genaue Untersuchung verlangt, ob die Regelungen der Richtlinie als eine abschließende Harmonisierung in einem bestimmten Sachbereich anzusehen sind, und

sich eher gegen eine abschließende Regelung in vielen Fällen ausgesprochen. Eine Argumentation die eine abschließende Regelung behauptet, "verkennt, daß der Rat sich bei der Harmonisierung der innerstaatlichen gesundheitspolizeilichen Vorschriften der Methode des schrittweisen, einzelne Punkte erfassenden Vorgehens bedient, und daß jedenfalls zum Zeitpunkt der dem Rechtsstaat zugrunde liegenden Vorgänge das Harmonisierungsprogramm noch nicht vollständig verwirklicht war."²²

Probleme sind vor allem bei den sogenannten "Positiv- und Negativlisten"²³ aufgetaucht, da aus ihnen nicht deutlich zu entnehmen ist, ob sie als abschließende Regelung des Sachbereichs zu verstehen sind. Ist bei Positivlisten davon auszugehen, daß nur die dort genannten Stoffe für bestimmte Verwendungen zugelassen werden und alle anderen verboten sind²⁴? Ist bei den Negativlisten anzunehmen, daß diese Listen keine abschließende Aufzählung der gefährlichen Stoffe enthalten, also keine positive Feststellung für die Ungefährlichkeit der bei ihnen nicht einbezogenen Stoffe treffen, und die Mitgliedstaaten daher frei sind, sich bei anderen gefährlichen Stoffen auf Art. 36 zu berufen? Skordas²⁵ hat mit Recht darauf hingewiesen, daß die Gegenmeinung im Ergebnis darauf hinauslaufen würde, daß ein einzelner Mitgliedstaat durch seine Weigerung, einen Stoff in die Liste aufzunehmen, die positive Harmonisierung erreichen könnte.

Selbst wenn man im Zweifel davon auszugehen hätte, daß eine Richtlinienregelung nicht als abschließende Regelung zu verstehen ist, so bleiben doch jene Fälle, in denen ausdrücklich ein bestimmter Sachbereich abschließend und ohne Ausweichmöglichkeit²⁶ für die Mitgliedstaaten geregelt werden sollte. Steindorf²⁶ hat den Staaten, die höhere Schutzstandards im Laufe der Zeit durchsetzen wollen, empfohlen, die Rechtsangleichungsrichtlinie zeitlich zu befristen, um damit die Ver-

längerung einer Angleichungsmaßnahme von der Erhöhung des Schutzniveaus abhängig zu machen²⁷. Lassen sich höhere Schutzstandards nicht durchsetzen, könnten die Mitgliedstaaten dann nach auslaufender Geltung der Richtlinie einseitig aufgrund der Entwicklung zwingend erforderlich gewordene höhere Schutzstandards nach Art. 36. EWGV verfügen. Zwar sieht Art. 100 a Abs. 5 EWGV nunmehr ausdrücklich vor, daß die "Harmonisierungsmaßnahmen" in²⁸ geeigneten Fällen mit einer Schutzklausel verbunden sind, die die Mitgliedstaaten ermächtigt, aus einem oder mehreren in Art. 36 genannten nichtwirtschaftlichen Gründen vorläufige Maßnahmen zu treffen. Diese Vorschrift ermöglicht jedoch nur vorläufige Maßnahmen. Wielange und unter welchen Voraussetzungen dürfen derartige vorläufige Maßnahmen aufrecht erhalten werden? Sind nur noch derartige Schutzklauseln statthaft, oder dürfen nach wie vor generelle temporale oder sachliche Ausnahmen des Anwendungsbereichs vorgesehen werden? Wäre dies nicht mehr der Fall, dann hätte Art. 100 a Abs. 5 EWGV eine das Ermessen des Rates erheblich einschränkende Bedeutung. Diese Auslegung entspricht nicht dem Sinn einer die Möglichkeiten der Mitgliedstaaten an sich erweiternden Regelung. Was bedeutet das "gemeinschaftliche Kontrollverfahren", dem die vorläufigen Maßnahmen unterliegen? Der EuGH muß prüfen können, ob die Maßnahme an sich gerechtfertigt ist und ob die Voraussetzungen für die Vorläufigkeit weggefallen sind.

4. Probleme der Festlegung und der Abweichung von Schutzstandards

Der begrüßenswerte Vorschlag von Steindorff hat freilich die unter der bisherigen Regelung bestehenden Probleme der Bindung (Sperrwirkung) an für unbegrenzte Zeit verabschiedete Angleichungsrichtlinien, die eine abschließende Schutzbe-

reichsregelung enthalten, nicht gelöst. Die absurde Situation, daß Mitgliedstaaten mit dem niedrigsten technologischen Fortschritt und dem geringsten Schutzbedürfnis für die in Art. 36 genannten öffentlichen Güter alle anderen (wegen der nach Art. 100 EWGV im Rat auch für Änderungsrichtlinien erforderlichen Einstimmigkeit) rechtlich auf unbegrenzte Zeit daran hindern können, höhere Schutznormen vorzuschreiben, ist unbefriedigend und entspricht nicht dem Sinn einer Gemeinschaft, deren Wirtschaftsentwicklung und -ausweitung von der stetigen technischen Entwicklung abhängig ist. Sicher ließ sich auch unter dem früheren Recht eine sinnvolle Regelung dadurch herbeiführen, daß eine Ausweichklausel, wie sie jetzt in Art. 100 a Abs. 5 vorgesehen, ist aufgenommen wurde. Auch war es von vorneherein denkbar, die Richtlinie zeitlich zu befristen. Gleichwohl war auf der anderen Seite das Bedürfnis nach einer einheitlichen europarechtlichen Lösung, die auch für Dauer gelten sollte und auf die sich die Industrie einstellen konnte, unabweisbar.

Die frühere Interessen- und Rechtslage war demnach durch folgende Elemente gekennzeichnet ³⁰:

- (1) Die Schwierigkeit, überhaupt zu einer einstimmigen Festlegung einer Rechtsangleichung zu kommen;
- (2) die Schwierigkeit, von einer einmal einstimmig festgelegten Rechtsangleichung bei verändertem Schutzbedürfnis aufgrund der technologischen Entwicklung oder neuerer wissenschaftlicher Erkenntnis wieder einstimmig abzuweichen.

Bei dieser Rechtslage wurden die Schwierigkeiten der sogenannten Sperrwirkung, also des Punktes 2, manchmal noch eindringlicher und schärfer gesehen³¹, während die Probleme der Rechtsangleichung überhaupt (also des Punktes 1) für den Fortschritt der Europäischen Gemeinschaft in Wirklichkeit das größte Hindernis darstellten³². Als Lösung sind vornehmlich zwei Konstruktionen angeboten worden: Art. 36 EWGV ist als Pflicht zu einer wechselseitigen Kooperation zwischen Gemeinschaft und Mitgliedstaaten interpretiert worden. Aus der Tatsache, daß durch die Harmonisierung die Kompetenz zur Rechtsetzung auf die Gemeinschaft "übergeht", ist die Pflicht der Gemeinschaft abgeleitet worden, in diesem Bereich bei nachträglicher Änderung der Verhältnisse einzuschreiten und zu handeln (Art. 2, 3 und Art. 5)³³. Eine solche Handlungspflicht der Gemeinschaft läßt sich auch aus der Erwägung herleiten, daß die Gemeinschaft ein umfassendes Schutzinstrumentarium für öffentliche Güter bereitstellt und bereitstellen will. Würde die Gemeinschaft trotz zwingend erforderlichen Schutzbedürfnisses nicht durch Rechtsänderung handeln, träte eine Schutzlosigkeit oder ein verminderter Schutz für bestimmte öffentliche Güter ein. Skordas zieht daraus die Schlußfolgerung, daß in einem solchen Fall die Kompetenz zum Handeln an die Mitgliedstaaten zurückfällt, die als subsidiäre Gemeinschaftsorgane handeln, bis die Gemeinschaft ihrer Nachbesserungspflicht nachgekommen ist. Ein derartiger "Alleingang" habe vorübergehenden Charakter, er fülle nur eine Lücke aus und dürfe nur bis³⁴ zur Regelung auf der Gemeinschaftsebene weiter bestehen. Gleichwohl wird³⁵ kein Gemeinschaftsrecht, sondern nationales Recht erlassen³⁶. Skordas will also schon nach bisher geltendem EWG-Recht die Regelung, die nunmehr in Abs. 4 EWGV enthalten ist, verwirklicht sehen³⁷.

5. Die immanenten Grenzen der Kompetenz des Richtliniengebers

Bis auf die Schlußfolgerung stimmt die These von Skordas³⁶ mit dem Versuch überein, durch eine Theorie der immanenten Grenzen des Richtliniengesetzgebers eine Lösung zu finden³⁸. Man kann Art. 36 und Art. 100 EWGV nicht so ansehen, als wenn sie beziehungslos nebeneinander stünden, auch wenn sie unterschiedliche Ziele verfolgen. Gerade wenn die Gründe des Art. 36 und die zwingenden Erfordernisse im Sinne der "Cassis-de-Dijon-Rechtsprechung"³⁹ Gegenstand der Rechtsangleichung sind, ergeben sich für den Rat als Richtliniengeber besondere Verpflichtungen. Der Jubilar Heinrich Matthies hat sich in dem Sinne ausgesprochen, daß er die Dekretierung von europäischen Einheitsprodukten oder die Erhebung von Standards von marktbeherrschenden Unternehmen zu Gemeinschaftsrecht oder die Verwendung unnötig einschneidender Mittel oder eine übermäßige⁴⁰ Reglementierung (im Lichte von Art. 3) für unzulässig hält, da sie für das normale Funktionieren des Gemeinsamen Marktes im System unverfälschten Wettbewerbs nicht erforderlich sind. Die Anforderung läßt sich aber auch umkehren. Zum normalen Funktionieren des Gemeinsamen Marktes im Sinne von Art. 100 EWGV gehört auch die Beachtung eines den zwingenden Umständen einer sich wandelnden technisierten Umwelt entsprechenden Schutzstandards der in Art. 36 EWGV verankerten öffentlichen Güter. Die zeitlich unbefristete abschließende Festlegung eines Schutzstandards ist mit einer Revisionspflicht verbunden, wenn im Laufe der Entwicklung zwingende Erfordernisse einen stärkeren Schutz der in Art. 36 genannten Güter erfordern. Die Mitgliedstaaten können sich gegenüber derartigem sekundärem Gemeinschaftsrecht zwar nicht direkt auf Art. 36 zur Rechtfertigung abweichender nationaler Maßnahmen berufen, wie Skordas in seiner Lösung vorschlägt; sie können aber die Gründe aus Art. 36 in einem Revisionsverfahren vor dem Rat geltend machen. Der Rat ist aus Rechts-

gründen gehalten, diesem Revisionsbegehren zu entsprechen, falls der Schutzstandard nicht mehr den zwingenden Erfordernissen entspricht. Diese Lage kann insbesondere beim Auftauchen neuer, bislang nicht berücksichtigter Schutzbedürfnisse (z.B. Aids-Schutz) eintreten. Das in manchen Richtlinien vorgesehene Schutzklauselverfahren ist Ausdruck dieser allgemeinen Verpflichtung und insoweit eher bestätigender als konstitutiver Natur. Es entspricht dem Charakter dieser Revisionspflicht, daß neue Schutzmaßnahmen, selbst nach dem ausdrücklich vorgesehenen Schutzklauselverfahren, sich in gleicher Weise auf inländische wie auf aus anderen Mitgliedstaaten eingeführte Erzeugnisse beziehen müssen. Die Mitgliedstaaten sind verpflichtet (Art. 5 Abs. 1 Satz 2 EWGV), im Rat die entsprechende Zustimmung zur Änderung zu geben, wenn die Voraussetzungen (zwingende Erfordernisse) vorliegen. Dem Rat steht bei der Einschätzung dieser Erfordernisse im Rahmen von Art. 100 zwar ein gewisser Beurteilungsspielraum, aber kein Ermessen zu - ebensowenig wie den Mitgliedstaaten bei Inanspruchnahme des Art. 36. Es handelt sich um unbestimmte Rechtsbegriffe, die sowohl im Rahmen des Revisionsbegehrens als auch im Rahmen des Art. 36 eng auszulegen sind und der Kontrolle durch den EuGH unterliegen. Dadurch wird die Revisionspflicht des Rates im Umfang begrenzt und institutionell erträglich.

6. Lösung dieser Rechtsprobleme durch die EEA?

Für Rechtsangleichungsbeschlüsse, die einstimmig gefaßt sind, scheint auf den ersten Blick die bisherige Problematik fortzubestehen. Zwar läßt Art. 100 a Abs. 1 "für die Verwirklichung der Ziele des Art. 8 a" die nachstehende Regelung gelten, also einen Beschluß mit qualifizierter Mehrheit; aber natürlich ist es selbstverständlich und möglich, daß in die-

sem Rahmen zur Verwirklichung der Ziele des Art. 8 a auch einstimmige Beschlüsse gefaßt werden. Ein Rechtszwang zur qualifizierten Mehrheit besteht nicht, auch nicht beim Erlaß von Verordnungen, die in Art. 100 nicht vorgesehen sind. Liegt ein einstimmiger Beschluß vor, scheint demnach alles beim alten zu bleiben, da die Befugnis der Mitgliedstaaten zum Erlaß einseitiger Maßnahmen nach Art. 100 a Abs. 4 ausdrücklich an die "qualifizierte Mehrheit" anknüpft. Das geschilderte Problem bei einstimmigen Rechtsangleichungsmaßnahmen ist demnach, folgt man dieser Ansicht, nicht gelöst⁴¹.

Nach Art. 104 a Abs. 4 darf ein Mitgliedstaat einzelstaatliche Bestimmungen entgegen einer vom Rat mit qualifizierter Mehrheit erlassenen Harmonisierungsmaßnahme dann anwenden, wenn diese Bestimmungen durch wichtige Erfordernisse im Sinne des Art. 36 EWGV oder in bezug auf den Schutz der Arbeitsumwelt oder den Umweltschutz gerechtfertigt sind. Gilt dies auch, wenn die Maßnahme einstimmig beschlossen worden ist, er ihr also entweder zugestimmt oder sich der Stimme enthalten hat? Daß in Abs. 4 die qualifizierte Mehrheit gegenüber der Regelung in Abs. 1 nochmals wiederholt wird, spricht zunächst dafür, daß den Mitgliedstaaten diese Möglichkeit gegenüber einer einstimmig verabschiedeten Harmonisierungsmaßnahme nicht zustehen soll. Dieses Ergebnis ist unbefriedigend, da die Anwendung einzelstaatlicher Bestimmungen angesichts der rasanten technischen Entwicklung und der Erkenntnis neuer Gefahren auch gegenüber einstimmig beschlossenen und als abschließend gedachten Harmonisierungsmaßnahmen sich als erforderlich und dann als unausweichlich erweisen kann, wenn der Rat zu Änderungen nicht bereit bzw. aufgrund der notwendigen qualifizierten Mehrheit in der Lage ist⁴². Für diese Fälle muß eine gerichtlich⁴³ einklagbare Revisionspflicht des Rates angenommen werden⁴³. Die Problematik der Regelung in Art. 100 a Abs. 45 EWGV wird noch deutlicher, wenn man der Frage nach-

geht, ob ein Mitgliedstaat, der einer mit qualifizierter Mehrheit beschlossenen Harmonisierungsmaßnahme zugestimmt hat, gleichwohl berechtigt ist, unter den Voraussetzungen des Art. 36 oder in bezug auf den Schutz der Arbeitsumwelt oder den Umweltschutz einzelstaatliche Bestimmungen anzuwenden, also einen nationalen Alleingang zu unternehmen. Da Art. 100 a Abs. 4 rein objektiv abgefaßt ist, kommt es nach dem Wortlaut auf das Verhalten des Mitgliedstaats im Rat nicht an. Auch ein einstimmiger Rechtsbeschluß kann rechtswidrig sein und von den Mitgliedstaaten angefochten werden⁴⁴. Angesichts dieser Konsequenz wird die in Abs. 4 getroffene Unterscheidung zwischen einstimmigen und mit qualifizierter Mehrheit getroffenen Ratsbeschlüssen schwer verständlich. Natürlich läßt sich argumentieren, der Sinn der Regelung sei gewesen, daß ein Staat, der die Verabschiedung der Richtlinie nicht habe verhindern können, wenigstens die Möglichkeit erhalten solle, den erforderlichen Schutz selbst zu gewährleisten. Diese Möglichkeit steht aber auch allen anderen Mitgliedstaaten offen. Der Sinn der Regelung gebietet es, nicht zwischen qualifizierter Mehrheit und Einstimmigkeit zu differenzieren. Jede andere Auslegung von Art. 100 a Abs. 4 würde eine Einladung für taktische Möglichkeiten bieten. Die Mitgliedstaaten könnten geneigt sein, sich die Tür des Art. 100 a Abs. 4 auf jeden Fall dadurch offenzuhalten, daß sie selbst bei Einvernehmen Zuflucht zur qualifizierten Mehrheit nehmen. Solche taktischen Manöver entsprächen nicht dem Sinn der Regelung. Ein Ausweg könnte - wie hier vorgeschlagen - darin gesehen werden, Art. 100 a Abs. 4 im Wege ausdehnender Auslegung auch auf einstimmige Ratsbeschlüsse (für die Verwirklichung der Ziele des Art. 8 a) auszudehnen. Denkbar wäre auch, im Wege teleologischer Reduktion nur denjenigen Mitgliedstaaten den Ausweg (nationalen Alleingang) zu erlauben, die im Rat dagegen gestimmt haben. In diesem Fall bleibt der Rückgriff auf eine Revisionspflicht des Rates für die Bedürfnisse der ande-

ren Mitgliedstaaten, falls zwingende Erfordernisse der nichtwirtschaftlichen Güter dies gebieten, unausweichlich.

Anmerkungen

- 1) Zur Auswirkung des Art. 100 a EWGV vgl. z.B. B. Langeheine, Rechtsangleichung unter Art. 100 a EWGV - Harmonisierung vs. nationale Schutzinteressen, ER 1988, S. 235 ff.; J. Flynn, How will Article 100 a (IV) work? A Comparison with Article 93, CMLR 1987, S. 689; G. Ress, Das deutsche Zustimmungsgesetz zur Einheitlichen Europäischen Akte - Ein Schritt zur Föderalisierung der Europapolitik, EuGRZ 1987, S. 361 (363); C.D. Ehlermann, The Internal Market Following the Single European Act, CMLR 1987, S. 361 (insbes. 381 ff.); L. Krämer, The Single European Act and Environment Protection: Reflexions on Several New Provisions in Community Law, CMLR 1987, S. 659 (578 ff.); J. Orstrom Moller, Binnenmarkt und Umweltschutz: Artikel 100 a der Einheitlichen Europäischen Akte, EA 1987, S. 497; D. Vandermeersch, The Single European Act and the Environmental Policy of the European Economic Community, ELRev 1987, S. 407. In der gemeinschaftlichen Praxis spielt Art. 100 a EWGV bereits jetzt eine wichtige Rolle. So wurden allein 1988 ca 20 Richtlinien (bzw. Änderungen von Richtlinien) auf der Grundlage von Art. 100 a EWGV erlassen.
- 2) Zu diesen Problemen vgl. K. Hailbronner, Der "nationale Alleingang" im Gemeinschaftsrecht am Beispiel der Abgasstandards für PKW, EuGRZ 1989, S. 101 (zur Rechtslage nach Inkrafttreten der Einheitlichen Europäischen Akte); G. Ress, Luftreinhaltung als Problem des Verhältnisses zwischen europäischem Gemeinschaftsrecht und nationalem Recht, FS 150 Jahre Landgericht Saarbrücken, 1985, S. 355 ff. (für die Rechtslage vor Inkrafttreten der Einheitlichen Europäischen Akte).
- 3) Vgl. zur Frage des Normenverweises und allgemein zum neuen Konzept der EG im Hinblick auf die Harmonisierung technischer Standards R. Erhard, Verfassungs- und Europarechtliche Probleme von technischen Standards, Vorträge, Reden und Berichte aus dem Europa-Institut, Nr. 104, 1987; D. Waelbroeck, L'harmonisation des règles et normes techniques dans la CEE, Cahiers de droit européen, 1988, S. 243 (insbesondere S. 257 ff.); R.M. van Sloten Op weg naar een interne markt in 1992. Nieuwe aanpak op het gebied van de technische harmonisatie, Economisch-statistische Berichten 1985, S. 783; J. Pelkmans, The new approach to technical harmonization and standardization, Journal of Common Market Studies, 1987 (vol. 25), S. 249 (insbesondere S. 254 ff.).

- 4) K. Rögge, Binnenmarktrealisierung 1992 auf der Grundlage der Einheitlichen Europäischen Akte, WRP 1986, S. 459 (463, Fn 24).
- 5) Die Kommission hat die Zahl der im Weißbuch aufgeführten Vorschläge inzwischen von ursprünglich 300 auf 279 verringert und hält deren Verabschiedung bis zum Ablauf der gesetzten Frist (31.12.1992) für möglich (vgl. EG-Bulletin Nr. 11/1988, S. 10 ff. und den von der Kommission vorgelegten "Bericht über den Stand der Arbeiten gemäß Art. 8 b des EWG-Vertrages" vom 17. November 1988, KOM (88) 650 endg.).
- 6) B. Langeheine, Rdnr. 36 zu Art. 100 a EWGV (Stand Sept. 1987), in: E. Grabitz, Kommentar zum EWG-Vertrag (zitiert Langeheine/Grabitz).
- 7) Vgl. zu dem damit aufgeworfenen Problemen G. Ress, Über die Notwendigkeit der parlamentarischen Legitimierung der Rechtsetzung der Europäischen Gemeinschaften, Gedächtnisschrift W.K. Geck, 1989.
- 8) Abl. L 169 v. 29.6.1987, S. 24. Zur Rechtsnatur derartiger Erklärungen vgl. A. G. Toth, The legal status of the declarations annexed to the Single European Act, CMLR 1986, S. 803. Die von Toth vertretene These, der EuGH sei schon aufgrund von Art. 31 EEA gehindert, die Erklärungen bei der Auslegung des Gemeinschaftsrechts zu berücksichtigen (S. 810 f.), überzeugt allerdings nicht. Tatsächlich ist bislang erst eine Verordnung auf der Grundlage von Art. 100 a EWGV ergangen, nämlich die VO (EWG) Nr. 4283/88 des Rates v. 21.12.1988 zur Abschaffung bestimmter Ausgangsförmlichkeiten beim Überschreiten der Binnengrenzen der Gemeinschaft - Zusammenlegung der Grenzabfertigungsstellen, Abl. L 382/1 v. 31.12.1988.
- 9) In der WVRK II (vgl. dazu Nachweise bei E. Klein, Vertragsauslegung und "spätere Praxis" internationaler Organisationen, in: R. Bieber/G. Ress (Hrsg.), Die Dynamik des europäischen Gemeinschaftsrechts, 1987, S. 101 ff. sowie - zur WVRK I - G. Ress, Die Bedeutung der nachfolgenden Praxis für die Vertragsinterpretation nach der Wiener Vertragsrechtskonvention (WVRK), ibidem, S. 49 ff.) ist in Art. 31 Abs. 2 lit. b ebenfalls nicht die Erklärung der Organe erwähnt - was ein Fehler ist.
- 10) Zu den Problemen des Zusammenarbeitsverfahrens s. H.-J. Glaesner, Das Verfahren der Zusammenarbeit (Art. 149 Abs. 2 EWGV), ER 1988 S. 121; R. Bieber, Legislative procedure for the establishment of the Single Market, CMLR 1988, S. 711; D. Edwards, The impact of the Single Act on the institutions, CMLR 1987, S. 19 (24 ff.); R. Bieber/J. Pan-

talis/J. Schoo, Implications of the Single Act for the European Parliament, CMLR 1986, S. 767 ff.; R. Corbett, Die neuen Verfahren nach der Einheitlichen Europäischen akte: Mehr Einfluß für das Europäische Parlament, Integration 1/89, S. 22 ff.; G. Ress, a.a.O. (Fn. 7).

- 11) Soweit ersichtlich, hat diese Frage in der Literatur bislang noch keine Rolle gespielt. Eine Überprüfung von Kommissionsvorschlägen durch den EuGH im Hinblick auf Art. 8 c müßte jedoch leerlaufen, wenn der Rat sich einstimmig (Art. 149!) über diese hinwegsetzen könnte.
- 12) So die herrschende Meinung in Literatur und Rechtsprechung. Vgl. z.B. das Urteil des EuGH in der Rs 815/79 (Cremonini), Slg. 1980, S. 3583 (3607); Langeheine/Grabitz, Rdnr. 69 zu Art. 100 EWGV (Stand Sept. 1987). Vgl. zur Sperrwirkung speziell im Hinblick auf Art. 36 auch die Rs 5/77, Slg. 1977, S. 1555 (1576); Rs 148/78, Sgl. 1979, S. 1629/1644; Rs 251/78, Slg. 1979, S. 3369 (3388 f.).
- 13) G. Ress, a.a.O. (Fn. 2), insbesondere S. 366 ff.; K. Hailbronner, a.a.O. (Fn. 2), S. 106, sieht in Art. 104 a EWGV eine Durchbrechung des Prinzips, wonach bei einer Harmonisierungsmaßnahme der Rekurs auf Art. 36 EWGV grundsätzlich verboten ist.
- 14) Der EuGH hat die Möglichkeit der unmittelbaren Wirkung bekräftigt: Rs 8/81 (Becker), Slg. 1982, S. 53 (70 f.).
- 15) BVerf 58, 232 (241). Vgl. dazu A. Dendrinos, Rechtsprobleme der Direktwirkung der EWG-Richtlinien unter besonderer Berücksichtigung der Rechtslage in Griechenland, Diss. Saarbrücken 1988, S. 116 ff.
- 16) L.J. Constantinesco, Das Recht der Europäischen Gemeinschaften I, 1977, S. 624.
- 17) H.C. Taschner, Rechtsangleichung in der Bewährung; Vorträge, Reden und Berichte aus dem Europa-Institut, Nr. 7, 1982, S. 21 (30). Ebenso lassen sich die Ausführungen von M. Lutter, Europa und das Unternehmensrecht, Vorträge, Reden und Berichte aus dem Europa-Institut, Nr. 118, 1988, S. 13 f., verstehen. B. Langeheine (Rdnr. 69 zu Art. 100 EWGV, in: E. Grabitz, EWG-Vertrag) spricht von einem "faktischen Souveränitätsverlust", der aus Sinn und Zweck der Rechtsangleichung folge.
- 18) Das ist so nicht zutreffend. Die Souveränität, also das rechtliche "Können", besteht fort. Fraglich ist allerdings, was "Souveränität" in diesem Zusammenhang überhaupt bedeutet. Vgl. dazu G. Ress, Souveränitätsverständ-

nis in den Europäischen Gemeinschaften als Rechtsproblem, in: G. Ress (Hrsg.), Souveränitätsverständnis in den Europäischen Gemeinschaften, 1980, S. 11 ff. Vgl. auch D. Schultz, Die ausgeführte Richtlinie im nationalen Recht - offene Fragen aus der Perspektive des deutschen Gesellschaftsrechts, GS-Constantinesco, 1983, S. 677 (679 ff.).

- 19) Vgl. Joseph Weiler, Dual character of supranationalism, Yearbook of European Law, 1981, S. 277 ff.
- 20) G. Ress, a.a.O. (Fn. 2), S. 357.
- 21) Rs 251/78, Slg. 1979, S. 3369.
- 22) Rs 251/78, Slg. 1979, S. 3390.
- 23) Zum Begriff und für konkrete Beispiele s. A. Skordas, Umweltschutz und freier Warenverkehr im EWGV und GATT, 1986, S. 129 ff.
- 24) So der EuGH, Rs 88/79 (Grunert), Slg. 1980, S. 1827 (1836). In einem neueren Urteil (v. 14.10.1987, Rs 278/85) hat der EuGH festgestellt, daß die Mitgliedstaaten in Fällen einer "totalen" Harmonisierung nicht mehr befugt sind, andere als die in der Richtlinie genannten Voraussetzungen in ihre nationalen Rechtsordnungen aufzunehmen.
- 25) A. Skordas, a.a.O. (Fn 23), S. 135 f.
- 26) E. Steindorff, Umweltschutz in Gemeinschaftshand?, RIW 1984, S. 767 (772).
- 27) Diese Empfehlung hat auch im Rahmen von Art. 100 a ihre Berechtigung. Art. 100 a Abs. 5 löst das Problem nicht. Langeheine/Grabitz (Rdnr. 88 zu Art. 100 a EWGV) weist darauf hin, daß auch nach der bisherigen Rechtslage Schutzklauseln möglich waren, Art. 100 a Abs. 5 daher lediglich eine Klarstellung bringt.
- 28) Die deutsche Fassung ist unklar: "... sind verbunden" sollte besser als "... werden verbunden" gelesen werden. Die Fassung "... sind verbunden" könnte als Pflicht des Rates gedeutet werden, eine solche Verbindung vorzunehmen. Die englische ("shall ... include") und die französische Fassung ("comportent") sind ebenfalls mißverständlich. Langeheine/Grabitz (Rdnr. 88 zu Art. 100 a EWGV) spricht zutreffend von einer bloßen Möglichkeit zur Einführung von Schutzklauseln.
- 29) Der Begriff ist unklar. Wahrscheinlich soll damit nur klargestellt werden, daß Umfang, Inhalt und Grenzen der

Ermächtigung vom EuGH nachgeprüft werden dürfen. Nach Langeheine/Grabitz (Anm. 91 zu Art. 100 a EWGV) obliegt die Mißbrauchsaufsicht in erster Linie der Kommission; wenn dies nicht zum Erfolg führt, soll eine Anrufung des EuGH möglich sein, u.U. nach dem vereinfachten Verfahren des Art. 100 a Abs. 4 unter Abs. 3 EWGV.

- 30) Zu den Problemen, die eine vernünftige Auslegung und Anwendung des Art. 100 EWGV aufwarf (und noch aufwirft) vgl. z.B. M. Seidel, Ziele und Ausmaß der Rechtsangleichung in der EWG, Europarecht 1979, S. 171 ff; Ch. Eiden, Die Rechtsangleichung gemäß Art. 100 EWGV, 1984; H.U. Everling, Möglichkeiten und Grenzen der Rechtsangleichung in der EG, FS-R. Schmidt, 1976, S. 165. Der EuGH hat - soweit ersichtlich - bislang noch keine Richtlinie wegen Überschreitung von Art. 100 aufgehoben, was wohl damit zusammenhängt, daß unterschiedliche Auffassungen über die zulässige Reichweite einer Angleichungsmaßnahme wegen des Einstimmigkeitsgebots stets schon im Vorfeld überwunden werden mußten. Durch die Mehrheitsentscheidungen nach Art. 100 a dürfte sich dies ändern.
- 31) J. Weiler, a.a.O. (Fn. 19).
- 32) Vgl. zu den Schwierigkeiten, im jeweiligen Einzelfall vor dem Hintergrund unterschiedlicher Grundauffassungen und Rechtssysteme der Mitgliedstaaten zu einer Rechtsangleichung zu kommen: H.C. Taschner, Rechtsangleichung in der Bewährung? Vorträge, Reden und Berichte aus dem Europa-Institut, Nr. 7, 1982, S. 21.
- 33) Vgl. A. Skordas, a.a.O. (Fn. 23), S. 156 ff. und G. Ress, a.a.O. (Fn. 2), S. 372.
- 34) Zu solchem treuhänderischen Tun liegen Ansätze in der Rechtsprechung des EuGH in den Fischereisachen vor. Vgl. insbesondere die Entscheidung in der Rs 804/79, Slg. 1981, S. 1045, wo ausgeführt wird, die Mitgliedstaaten könnten nur noch als "Sachwalter des gemeinsamen Interesses" tätig werden (S. 1075 f.). Vgl. hierzu auch H. Schramm, Rechtsetzung durch die EG-Kommission bei Untätigkeit des Rates?, Vorträge, Reden und Berichte aus dem Europa-Institut, Nr. 128, 1988, S. 12 ff. Zu einer analogen Problematik bei gemischten Verträgen, vgl. M. Dausen, Rechtliche Probleme der Abgrenzung der Vertragsschlußbefugnis der EG und der Mitgliedstaaten und die Auswirkung der verschiedenen Abgrenzungsmodelle, in: G. Ress (Hrsg.), Souveränitätsverständnis, a.a.O. (Fn. 18), S. 171 (189 ff.).

- 35) K. Hailbronner, a.a.O. (Fn. 2), S. 107, hält eine Notkompetenz allenfalls im Falle einer "Umweltkatastrophe" mit unübersehbaren Folgen für essentielle Rechtsgüter eines Mitgliedstaates für denkbar.
- 36) A.a.O. (Fn. 23), S. 171.
- 37) Dabei darf als umstritten gelten, ob im Rahmen der neuen Regelung in Art. 100 a Abs. 4 EWGV einzelstaatliche Bestimmungen nur im Hinblick auf die eigene Produktion (Waren, die im Inland hergestellt werden) oder auch mit Blick auf Waren aus anderen EG-Staaten (z.B. Katalysatorautos generell) Strahlenschutzwerte erlassen werden dürfen. Da Abs. 4 keine Einschränkungen vorsieht, ist auch eine Durchbrechung des Herkunftslandsprinzips zwar möglich, geprüft wird jedoch von der Kommission, ob dazu eine Berechtigung vorlag (unter Einschluß der Schutzgüter: Arbeitsumwelt und Umweltschutz) und ob sie eine Beschränkung des Handels darstellt. Dieses Erfordernis muß so ausgelegt werden, daß tendenziell das Herkunftsprinzip aufrechterhalten werden soll - also höhere Standards für die heimische Produktion sind zwar zulässig, aber in der Regel dann nicht, wenn sie als Importhemmnis anzusehen sind.
- 38) G. Ress, a.a.O. (Fn. 2), insbesondere S. 371 f.
- 39) Rs 120/78, Slg. 1979, S. 649. Danach sind folgende Urteile in diesem Sinne ergangen: Rs 113/80, Slg. 1981, S. 1625; Rs 220/81, Slg. 1982, S. 2349.
- 40) Matthies/Grabitz, Rdnr. 25 zu Art. 30 EWGV (Stand Sept. 1987).
- 41) Gegen diese Ansicht s. G. Ress, a.a.O. (Fn. 1), S. 363. Ebenso K. Hailbronner, a.a.O. (Fn. 2), S. 117 f. mit der Begründung, daß Mitgliedstaaten sonst mittelbar zur Blockade von Rechtsangleichungsmaßnahmen gezwungen seien, "um die für zwingend erforderlich erachteten Umweltschutzstandards wenigstens innerstaatlich verwirklichen zu können". A.A. Langeheine/Grabitz, Rdnr. 58 zu Art. 100 a EWGV.
- 42) Eine nach Art. 100 a Abs. 1 EWGV einstimmig beschlossene Harmonisierungsmaßnahme kann mit qualifizierter Mehrheit geändert werden. Bereits jetzt hat der Rat in einer Reihe von Fällen Richtlinien, die nach Art. 100 EWGV erlassen worden waren, auf der Grundlage des Art. 100 a EWGV geändert (vgl. z.B. die Richtlinie 88/76/EWG v. 3.12.1987, Abl. L 36/1). Auch dies spricht für eine Gleichstellung der einstimmig beschlossenen Maßnahmen mit den mit qualifizierter Mehrheit beschlossenen Maßnahmen im Rahmen von

Art. 100 a Abs. 4.

- 43) Sollte der Rat trotz eines Verpflichtungsurteils des EuGH (Feststellung rechtswidrigen Unterlassens) nicht zur Änderung in der Lage sein (Nichterreichen der qualifizierten Mehrheit) bleibt nur die treuhänderische Wahrnehmung durch den betroffenen Mitgliedstaat (im Rahmen des von der Kommission vorgelegten Vorschlags). Sofern mehrere Mitgliedstaaten betroffen sind, ist auch ein ersatzorgan-schaftliches Handeln der Kommission denkbar, wie es im Zusammenhang mit der Festsetzung von Agrarpreisen bereits vorgekommen ist. Vgl. zu den damit verbundenen Fragen P. Karpenstein, Zur Frage eines Notgesetzgebungsrechts der EG-Kommission im Rahmen der gemeinsamen Agrarpolitik, Gedächtnisschrift W.K. Geck, 1989.
- 44) Vgl. EuGH Rs 166/78, Slg. 1979, S. 2575 (2596).

V O R T R A G

von Herrn Professor Dr. Hans-J. GLAESNER

Generaldirektor a.D. des Rates der Europäischen Gemeinschaften

BEMERKUNGEN ZUR INTERPRETATION VON ART. 100 a EWGV

Artikel 100 a: Ein neues Instrument für die Verwirklichung des gemeinsamen Marktes

Durch Art. 13 der Einheitlichen Europäischen Akte ist ein neuer Art. 8 a in den EWG-Vertrag eingefügt worden. Diese Bestimmung führt einen neuen Begriff, nämlich den Binnenmarkt in den Vertrag ein. Dieser Binnenmarkt wird in Abs. 2 der Bestimmung als ein Raum ohne Binnengrenzen, in dem der freie Verkehr von Waren, Personen, Dienstleistungen und Kapital gemäß den Bestimmungen dieses Vertrages gewährleistet ist, definiert. Der Binnenmarkt ist also auf die vier Grundfreiheiten gegründet, die bereits bisher im EWG-Vertrag vorgesehen waren. Dem entspricht es, wenn der Art. 8 a sowohl in Abs. 1 als in Abs. 2 auf die Bestimmungen dieses Vertrages Bezug nimmt. Somit bleiben die bisherigen Bestimmungen des Vertrages anwendbar, soweit sie nicht durch die Einheitliche Akte geändert worden sind. Die Bestimmungen der Einheitlichen Akte gehen jedoch, was die vier Grundfreiheiten betrifft, in ihrer Substanz nicht über den bisherigen Anwendungsbereich des EWG-Vertrages hinaus. Dem steht auch nicht entgegen, daß durch die Einheitliche Akte drei neue Kapitel über die Regionalpolitik, über Forschung und technologische Entwicklung und über Umwelt eingefügt worden sind. Auf allen drei Gebieten hatte die Gemeinschaft auf Grund der bisherigen Bestimmungen bereits Politiken entwickelt, die im wesentlichen auf Grund des Art. 235 in Rechtsnormen umgesetzt wurden. Damit war klargestellt, daß die drei genannten Sachgebiete bereits vor der Änderung des Vertrages durch die Einheitliche Europäische Akte als Teil der Aufgaben der Gemeinschaft, wie sie in Art. 2 und Art. 3 des Vertrages definiert waren, angesehen wurden. Diese juristische Betrachtungsweise ist durchaus mit der Tatsache vereinbar, daß von der Einheitlichen Europäischen Akte, insbesondere ihrem Art. 8 a in Verbindung mit dem Weißbuch

der Kommission¹, ein politisches Momentum ausgegangen ist, diejenigen Hindernisse, die der Verwirklichung des gemeinsamen Marktes immer noch entgegenstehen, nunmehr in einem vorgegebenen Zeitraum, nämlich bis Ende 1992, zu beseitigen.

Um die Erreichung dieses Zieles zu ermöglichen, zumindest aber zu erleichtern, sieht die Einheitliche Akte eine Reihe von Änderungen im Entscheidungsverfahren der Gemeinschaft vor. So ist durch Art. 7 der Einheitlichen Akte der Art. 149 des EWG-Vertrages dahingehend geändert worden, daß in den in Art. 6 der Einheitlichen Akte genannten Fällen ein Zusammenarbeitsverfahren zwischen dem Parlament, dem Rat und der Kommission vorgesehen wird². Dieses Verfahren besteht im wesentlichen darin, daß anstelle der bisherigen Konsultation des Parlamentes zwei Lesungen im Parlament und Rat stattfinden. Obwohl durch die zweite Lesung ein zusätzlicher Zeitaufwand von maximal 9 Monaten bedingt ist, hat es nach der bisherigen Erfahrung den Anschein, daß gleichwohl durch den verstärkten Einfluß des Parlamentes eine Aktivierung des Entscheidungsprozesses zu beobachten ist. Der Rat hat zwar seine bisherige zentrale Zuständigkeit für Rechtsetzungsentscheidungen behalten, da es politisch nicht durchsetzbar war, dem Parlament - abgesehen von den Fällen des Art. 237 und 238 - echte Mitentscheidungsbefugnisse einzuräumen. Das Zusammenarbeitsverfahren führt zu einer Verstärkung des Dialoges zwischen Rat und Parlament, denn der Rat kann von Änderungen des Parlamentes nur einstimmig abweichen, wenn und insoweit die Kommission die Änderung des Parlamentes durch Abänderung ihres eigenen Vorschlags sich zu eigen gemacht hat. Für das Entscheidungsverfahren des Rates selbst hat Art. 6 der Einheitlichen Akte eine Reihe von Bestimmungen des Vertrages dahingehend geändert, daß der Rat nunmehr anstatt mit Einstimmigkeit mit qualifizierter Mehrheit entscheiden kann. Damit ist in diesen Fällen die Möglichkeit ausgeschlossen, daß

eine Entscheidung durch einen Mitgliedstaat blockiert wird. Eine Entscheidung mit qualifizierter Mehrheit kommt nur dann nicht zustande, wenn eine Minderheit der Mitglieder des Rates, die gemeinsam gemäß dem Schlüssel des Art. 148 mindestens über 23 Stimmen verfügt, nicht bereit ist zuzustimmen.

Besondere Bedeutung für die Errichtung des Binnenmarktes im Sinne des Art. 8 a kommt dem neu eingefügten Art. 100 a zu. Er ist ausdrücklich als Spezialvorschrift gegenüber dem bereits bestehenden Art. 100 formuliert. Letzterer sieht Rechtsangleichungsmaßnahmen durch einstimmigen Beschluß des Rates in der Form von Richtlinien vor. Die neue Bestimmung läßt Entscheidungen mit qualifizierter Mehrheit im Rahmen des Zusammenarbeitsverfahrens, d.h. unter verstärkter Mitwirkung des Parlamentes zu und beschränkt diese Maßnahmen nicht auf die Form der Richtlinie, sondern erlaubt auch den Erlaß von Verordnungen. Es mag zweifelhaft erscheinen, ob die Verordnung, von Ausnahmefällen abgesehen, das geeignete Instrument ist, um eine Angleichung der nationalen Vorschriften zu erreichen. Ziel der Bestimmung ist nicht, ein einheitliches Recht zu schaffen, sondern eine Angleichung nationaler Vorschriften zu erreichen, die für die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarktes erforderlich ist.

Voraussetzung für die Anwendung des Art. 100 a ist, daß die angestrebte Angleichung Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten betrifft, die die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarktes zum Gegenstand haben, wohl besser gesagt, Sachverhalte regeln, die für den Binnenmarkt relevant sind. Dieses Anwendungskriterium stellt somit auf den Inhalt der nationalen Vorschriften ab, während eine Rechtsangleichung nach Art. 100 nur dann möglich war, wenn nationale Vorschriften sich unmittelbar auf die Errichtung und das Funktionieren des gemeinsamen Marktes auswirkten.

Auch wenn in der Praxis die Anwendung beider Kriterien in den meisten Fällen zum gleichen Ergebnis führen dürfte, kann doch festgehalten werden, daß es für die Anwendung des Art. 100 a auf eine Prüfung der Auswirkungen nationaler Vorschriften nicht ankommen kann.

Der Begriff des gemeinsamen Marktes im Sinne des Art. 100 ist in der Praxis weit ausgelegt worden, d.h. auf Grund dieser Vorschrift sind auch nationale Vorschriften angeglichen worden, die sich nicht nur unmittelbar auf den Warenverkehr auswirken. Eine solche weite Auslegung war möglich, weil der Vertrag den Begriff des gemeinsamen Marktes häufig als ein Synonym für Europäische Wirtschaftsgemeinschaft verwendet. Dies ist aus der Entstehungsgeschichte des Vertrages zu erklären und hat sich beispielsweise als unbestrittene Auslegung des Art. 235 durchgesetzt⁴. Für den Binnenmarkt ist durch die Einfügung des Art. 8 a in den Vertrag nunmehr eine Legaldefinition vorhanden. Rechtsangleichungsmaßnahmen, die auf Art. 100 a gestützt werden, sind somit nur insoweit zulässig, als sie den so definierten Binnenmarkt betreffen. Darüber hinausgehende Rechtsangleichung muß nach wie vor auf Art. 100 gestützt werden, soweit nicht Spezialvorschriften im Vertrag eine andere Rechtsgrundlage bieten.

Aber auch mit dieser Eingrenzung ist der Art. 100 a nicht in allen Bereichen, die durch die Definition des Art. 8 a Abs. 2 abgedeckt sind, anwendbar. Zum einen schließt der Abs. 2 des Art. 100 a die Bestimmungen über Steuern, die Bestimmungen über die Freizügigkeit und die Bestimmungen über die Rechte und Interessen der Arbeitnehmer vom Anwendungsbereich dieser Vorschriften aus. Damit bleiben für die Freizügigkeit der Arbeitnehmer die Vorschriften der Art. 48 ff. anwendbar; die Entscheidungsmodalitäten des Art. 49 entsprechen denen des Art. 100 a. Nachdem die Bestimmung des Art. 49 durch die Ein-

heitliche Akte geändert worden ist, ist insoweit dem Anliegen, das zur Einführung des Art. 100 a geführt hat, nämlich die Verwirklichung des Binnenmarktes zu beschleunigen, Rechnung getragen. Für die Verwirklichung der Freizügigkeit anderer Personen bedarf es jedoch der Einstimmigkeit nach Art. 235. Das Herausnehmen der Steuervorschriften aus dem Anwendungsbereich des Art. 100 a hat zur Folge, daß auf dem gesamten Gebiet der Steuern das Einstimmigkeitsprinzip aufrechterhalten bleibt. Zwar ist der Art. 99 durch die Einheitliche Akte geändert worden; die Bestimmung sieht aber nach wie vor die Einstimmigkeit für die Harmonisierung der Vorschriften über indirekte Steuern vor. Eine Rechtsangleichung auf dem Gebiet anderer Steuern kann nur nach Art. 100, ebenfalls mit Einstimmigkeit, vorgenommen werden. Das Gebiet der Rechte und Interessen der Arbeitnehmer, das ebenfalls auf Grund des Art. 100 a Abs. 2 vom Anwendungsbereich dieses Artikels ausgeschlossen ist, ist auf Grund der allgemeinen Formulierung der Bestimmung schwer eingrenzbar. Soweit die Rechte und Interessen der Arbeitnehmer durch die Herstellung der Freizügigkeit innerhalb der Gemeinschaft berührt werden, ist Art. 49 in der Fassung, die durch die Einheitliche Akte eingeführt worden ist, anwendbar. Für die Verbesserung der Sicherheit und Gesundheit der Arbeitnehmer ist durch die Einheitliche Akte die neue Bestimmung des Art. 118 a in den Vertrag eingefügt worden. Auf Grund dieser Vorschrift können Richtlinien zur Erreichung dieses Zieles erlassen werden. Nach beiden Vorschriften ist das gleiche Verfahren wie im Rahmen des Art. 100 a anwendbar, so daß auch durch die Änderung des Art. 49 und die Einführung des Art. 118 a dem Grundanliegen Rechnung getragen wurde, die Realisierung des Binnenmarktes zu erleichtern und zu beschleunigen. Soweit der Begriff der Rechte und Interessen der Arbeitnehmer Gegenstände betrifft, die nicht unter Art. 49 oder Art. 118 a fallen, können eventuelle Rechtsangleichungsmaßnahmen nur auf Grund

des Art. 100 oder ggf. des Art. 235 getroffen werden; beide Bestimmungen sehen die Einstimmigkeit vor.

Während der Wortlaut des Art. 100 a Abs. 1 diese Bestimmung eindeutig als Spezialvorschrift gegenüber dem Art. 100 definiert, enthält die gleiche Bestimmung einen allgemeinen Vorbehalt für andere Spezialbestimmungen des Vertrages. Das hat zur Folge, daß die Gebiete der Dienstleistungen und des Kapitalverkehrs, die beide in der Definition des Binnenmarktes in Art. 8 a Abs. 2 enthalten sind, nicht in den Anwendungsbereich des Art. 100 a fallen. Für die Dienstleistung gelten daher uneingeschränkt die Bestimmungen der Art. 59 ff.; Art. 63 Abs. 2 sieht den Erlass von Richtlinien mit qualifizierter Mehrheit vor. Die Liberalisierung des Kapitalverkehrs unterliegt weiterhin den Art. 67 ff. des Vertrages; auch insoweit sieht Art. 69 den Erlass von Richtlinien mit qualifizierter Mehrheit vor.

Der Anwendungsbereich des Art. 100 a ist somit im wesentlichen auf den Warenverkehr beschränkt. Der Liberalisierung dieses Warenverkehrs stehen insbesondere die sogenannten technischen Handelshemmnisse entgegen. Hierunter versteht man vor allem technische Normen für die Zulassung von Gütern zum Gebrauch in den Mitgliedstaaten, die vor allem aus Gründen der Arbeitssicherheit, des Umweltschutzes und des Gesundheitsschutzes von den Mitgliedstaaten erlassen wurden. Art. 100 a eröffnet die Möglichkeit, durch Harmonisierungsmaßnahmen der Gemeinschaft gegen den Willen einzelner Mitgliedstaaten in dieses Regelungswerk einzugreifen. In dem neu eingefügten Art. 8 c ist Vorsorge getroffen, daß durch die Verwirklichung des Binnenmarktes keine unverhältnismäßige Belastung einzelner Volkswirtschaften verursacht wird. Auch gibt Art. 100 a Abs. 5 die Möglichkeit, im Sekundärrecht Schutzklauseln vorzusehen, durch die ein Mitgliedstaat ermächtigt

werden kann, aus nichtwirtschaftlichen Gründen vorläufige, vom Gemeinschaftsrecht abweichende Maßnahmen zu treffen. Schließlich ist die Kommission nach Art. 100 a Abs. 3 verpflichtet, in ihren Vorschlägen ein möglichst hohes Schutzniveau in den Bereichen Gesundheit, Sicherheit, Umweltschutz und Verbraucherschutz anzustreben. Gleichwohl erschien es der Regierungskonferenz notwendig, den Mitgliedstaaten ein auf den Vertrag gestütztes Recht vorzubehalten, unter bestimmten Voraussetzungen Maßnahmen zu ergreifen, die nicht in Übereinstimmung mit dem Gemeinschaftsrecht stehen. Diese Schutzklausel ist in Abs. 4 des Art. 100 a enthalten⁵ und hat schon zu lebhaften Auseinandersetzungen Anlaß gegeben.

Das Konzept dieser Bestimmung ist vergleichbar mit Art. 36 des Vertrages, der den Mitgliedstaaten ebenfalls das Recht einräumt, vom Gemeinschaftsrecht abzuweichen, ohne vorherige Befassung der Gemeinschaftsorgane, wenn auch unter ihrer Kontrolle, letztlich durch den Gerichtshof. Allerdings findet der Art. 36 nur dann und insoweit Anwendung, als eine Rechtsangleichung durch die Gemeinschaft noch nicht stattgefunden hat⁶. Der Art. 100 a Abs. 4 betrifft hingegen ausschließlich Fälle, in denen Rechtsangleichungsmaßnahmen durch die Gemeinschaft getroffen worden sind. Allerdings kann die Bestimmung nur Anwendung finden, wenn die Anpassungsmaßnahmen auf Art. 100 a gestützt sind. Dies ergibt sich einmal aus dem Zusammenhang, in den diese Bestimmung gestellt worden ist. Zum anderen handelt es sich um eine Ausnahmenvorschrift, die nach allgemeinen Auslegungsregeln, wie sie auch vom Gerichtshof bestätigt worden sind⁷, restriktiv auszulegen ist.⁸ Aus diesem Grunde kann der vereinzelt vertretenen Auffassung nicht gefolgt werden, daß eine Berufung auf Abs. 4 auch gegenüber solchen Bestimmungen des Gemeinschaftsrechtes möglich sei, die zur Durchführung einer Ratsentscheidung durch die Kommission auf Grund der ihr gemäß Art. 145 übertragenen Befugnisse

erlassen werden. Die Rechtsgrundlage für solche Durchführungsbeschlüsse ist eben nicht der Art. 100 a, sondern die vom Rat als Sekundärrecht geschaffene Rechtsgrundlage.

Ferner ist die Anwendbarkeit des Abs. 4 nach seinem ausdrücklichen Wortlaut auf diejenigen Fälle beschränkt, in denen Angleichungsmaßnahmen nach Art. 100 a mit qualifizierter Mehrheit beschlossen worden sind. Soweit also der Rat auf Grund Art. 100 a Abs. 1 mit Einstimmigkeit beschlossen hat, etwa weil er den Vorschlag der Kommission abgeändert hat (Art. 149), ist eine Berufung auf die Sondervorschrift des Abs. 4 nicht möglich. In diesen Fällen ist ein legitimes Schutzbedürfnis eines Mitgliedstaates nicht erkennbar, denn der Mitgliedstaat hätte es durch seine Gegenstimme in der Hand gehabt, den Beschluß des Rates zu verhindern.

Soweit der Rat mit qualifizierter Mehrheit entschieden hat, stellt sich die Frage, ob diejenigen Mitgliedstaaten sich auf den Abs. 4 berufen können, die im Rat der Maßnahme zugestimmt haben. Der Text der Bestimmung macht keinen Unterschied je nach dem Abstimmungsverhalten der Mitgliedstaaten. Der Gesichtspunkt der restriktiven Auslegung einer Ausnahmegvorschrift und auch das Argument, daß für einen Mitgliedstaat, der einer Maßnahme zugestimmt hat, ein Schutzbedürfnis nicht bestehe, könnten dafür sprechen, nur denjenigen Mitgliedstaaten die Rechte aus Abs. 4 einzuräumen, die der in Frage stehenden Maßnahme nicht zugestimmt haben. Andererseits hat der⁹ Gerichtshof in einer Entscheidung in der Rechtssache 166/78 die Klage eines Mitgliedstaates gegen einen Rechtsakt des Rates zugelassen, obwohl dieser Mitgliedstaat der Maßnahme im Rat zugestimmt hatte. Der Gerichtshof hat diese Entscheidung auf eine Differenzierung zwischen der Haltung eines Ratsmitgliedes und der Haltung eines Mitgliedstaates als Ganzes begründet. Die Zustimmung zu einem Rechtsakt des Rates durch

den Vertreter eines Mitgliedstaates könne letzteren nicht seiner sich aus Art. 173 Abs. 1 ergebenden Befugnis berauben, eine Rechtskontrolle auch gegenüber dem Rat durchzuführen. Auch wenn es sich im Rahmen des Art. 100 a Abs. 4 nicht um eine Kontrollbefugnis eines Mitgliedstaates handelt, sondern um das Recht, von Gemeinschaftsregeln abzuweichen, wird die Entscheidung, ob es ein Mitgliedstaat für erforderlich hält, im Rahmen des Abs. 4 Maßnahmen zu ergreifen, dem Mitglied als solchem und nicht nur dem Vertreter des Mitgliedstaates als Ratsmitglied überlassen bleiben müssen. Eine unangemessene Ausweitung der Anwendungsmöglichkeit der Bestimmung wird durch eine restriktive Auslegung der übrigen Tatbestandsmerkmale anzustreben sein.

Der Text spricht von der Anwendung einzelstaatlicher Bestimmungen, die nicht im Einklang mit dem Gemeinschaftsrecht stehen. Es ist nicht gesagt, ob es sich um nationale Bestimmungen handeln muß, die zum Zeitpunkt der Entscheidung des Rates bereits erlassen sind, oder ob unter diesen Begriff auch nationale Bestimmungen fallen, die nach der Entscheidung des Rates in Kraft gesetzt werden. Auf Grund der allgemeinen Verpflichtung der Mitgliedstaaten aus Art. 5 des Vertrages, nämlich alle Maßnahmen zu unterlassen, welche die Verwirklichung der Ziele dieses Vertrages gefährden können, wird man davon ausgehen müssen, daß der Erlaß neuer nationaler Vorschriften, die nicht im Einklang mit dem Gemeinschaftsrecht stehen, nach Entscheidung des Rates allenfalls bis zu dem Zeitpunkt möglich ist, in dem die Bindungswirkung des Gemeinschaftsrechtes vollständig eintritt, d.h. daß beispielsweise im Falle einer Richtlinie der Erlaß neuer nationaler Vorschriften, die nicht im Einklang mit dem Gemeinschaftsrecht stehen, nach Entscheidung des Rates allenfalls bis zu dem Zeitpunkt möglich ist, in dem die Richtlinie in nationales Recht umgesetzt sein muß, vorausgesetzt natürlich, daß die

nationalen Vorschriften den Kriterien des Abs. 4 entsprechen. Sollten nach diesem Zeitpunkt Umstände eintreten, die einen Schutz der in Abs. 4 genannten Rechtsgüter erforderlich machen, muß es Sache des Gemeinschaftsgesetzgebers sein, auf solche Umstände zu reagieren, beispielsweise durch Einfügung einer Schutzklausel gemäß Art. 100 a Abs. 5 in den betreffenden Rechtsakt, soweit dies nicht schon vorher geschehen ist. Nur so kann die Einheitlichkeit der Rechtsordnung der Gemeinschaft gewährleistet werden. Das Prinzip der Einheitlichkeit der Rechtsordnung der Gemeinschaft ist ein von der Rechtsprechung des Gerichtshofs entwickelter fundamentaler Grundsatz¹⁰, der vor der Durchsetzung von Partikularinteressen eines oder mehrerer Mitgliedstaaten den Vorrang haben muß.

Im Gegensatz zu anderen Artikeln des Vertrages enthält der Art. 100 a Abs. 4 keine Bestimmungen über zeitliche Begrenzungen für die Anwendung einzelstaatlicher Bestimmungen, die nicht gemeinschaftsrechtskonform sind. In dem durch die Einheitliche Akte eingefügten Art. 8 c wird bestimmt, daß Ausnahmeregelungen vorübergehender Natur sein müssen, und die in Art. 100 a Abs. 5 vorgesehenen Schutzklauseln bieten durch das vorgesehene gemeinschaftliche Kontrollverfahren die Möglichkeit der zeitlichen Begrenzung. Ohne daß es möglich wäre, einen festen Zeithorizont zu definieren, wird ein Mitgliedstaat die Ausnahmenvorschrift des Abs. 4 nur so lange in Anspruch nehmen können, als die Voraussetzungen für Sondermaßnahmen nach dieser Bestimmung vorliegen. Darüber hinaus wird der Mitgliedstaat auf Grund seiner allgemeinen Verpflichtung aus Art. 5 alles tun müssen, was ihm vernünftigerweise zugemutet werden kann, um die Abweichungen von den Gemeinschaftsordnungen zu beseitigen. Eine solche Auslegung des Art. 100 a Abs. 4 in Verbindung mit Art. 5 des Vertrages entspricht der Rechtsprechung des Gerichtshofes, der dem Art. 5 im Laufe der Zeit eine immer größere Bedeutung zugemessen hat¹¹. Die Aus-

legung entspricht auch der in Art. 234 des Vertrages enthaltenen Regelung hinsichtlich internationaler Verträge der Mitgliedstaaten, die nicht in ¹²Übereinstimmung mit der Gemeinschaftsrechtsordnung sind¹². Aus diesem Grundgedanken ergibt sich ferner eine Verpflichtung der anderen Mitgliedstaaten, aber auch der Gemeinschaft, dem betroffenen Mitgliedstaat im Rahmen des Möglichen Hilfestellung zu leisten, um die Voraussetzungen zu schaffen, daß die Einheitlichkeit des Gemeinschaftsrechtes hinsichtlich des betroffenen Mitgliedstaates wiederhergestellt wird.

In den so abgesteckten Grenzen kann ein Mitgliedstaat nationale Vorschriften, die nicht den Harmonisierungsmaßnahmen der Gemeinschaft entsprechen, anwenden, wenn die in Art. 36 genannten Gründe vorliegen oder in bezug auf den Schutz der Arbeitsumwelt oder den Umweltschutz gerechtfertigt werden. Die Auslegung des Art. 36 ist Gegenstand zahlreicher Entscheidungen des Gerichtshofs gewesen¹³ und wird zur Interpretation des Art. 100 a Abs. 4 herangezogen werden müssen. Die gegenüber dem Art. 36 zusätzlichen Rechtfertigungsgründe, nämlich Schutz der Arbeitsumwelt und der Umweltschutz, bedürfen einer neuen Einordnung in das System des Vertrages. Was zunächst die Arbeitsumwelt angeht, so ist darauf hinzuweisen, daß durch die Einheitliche Europäische Akte ein neuer Art. 118 a in den Vertrag eingeführt worden ist. Diese Bestimmung zählt zur Arbeitsumwelt die Sicherheit und Gesundheit der Arbeitnehmer und sieht eine Kompetenz der Gemeinschaft vor, auf diesem Gebiet mit qualifizierter Mehrheit Mindestvorschriften durch Richtlinien zu erlassen. Art. 118 a ist als Spezialvorschrift gegenüber dem Art. 100 a anzusehen (vgl. Art. 100 a Abs. 2), d.h. Rechtsangleichungsmaßnahmen auf diesem Gebiete durch Erlaß von Richtlinien werden auf Art. 118 a und nicht auf Art. 100 a gestützt werden müssen. Damit entfällt insoweit eine Anwendbarkeit des Art. 100 a Abs. 4 für diesen

Sachbereich. Art. 118 a Abs. 3 bestimmt ausdrücklich, daß die Mitgliedstaaten Maßnahmen zum verstärkten Schutz der Arbeitsbedingungen beibehalten oder neu treffen können, soweit diese mit dem Vertrag vereinbar sind.

Der Umweltschutz ist vom Gerichtshof im Rahmen seiner Rechtsprechung zu Art. 36 bereits als Gegenstand der öffentlichen Ordnung im Sinne dieser Vorschrift anerkannt worden, soweit sich daraus unvermeidliche Beschränkungen für den freien Warenverkehr ergeben¹⁴. Insofern besteht die durch die Einführung des Art. 100 a bewirkte Neuerung lediglich darin, daß auch nach Erlaß von Vorschriften zur Rechtsangleichung auf diesen Rechtfertigungsgrund zurückgegriffen werden kann, um vom Gemeinschaftsrecht abweichende nationale Vorschriften anzuwenden. Das Verhältnis der neu in den Vertrag eingefügten Vorschriften über den Umweltschutz (Art. 130 r ff.) zu Art. 100 a wird ähnlich wie das Verhältnis dieser Bestimmung zu Art. 118 a zu beurteilen sein. Das bedeutet, daß Art. 130 s ebenfalls als Spezialvorschrift gegenüber dem Art. 100 a anzusehen ist. Wenn also Maßnahmen, die auf Art. 130 s gestützt sind und somit aus Gründen des Umweltschutzes und nicht zum Zwecke der Rechtsangleichung erlassen worden sind, gleichwohl aber einen Rechtsangleichungseffekt haben, können Abweichungen von dem so gesetzten Gemeinschaftsrecht nicht in den Anwendungsbereich von Art. 100 a Abs. 4 fallen. Art. 130 t sieht nämlich vor, daß die Mitgliedstaaten zwar nicht gehindert sind, über die von der Gemeinschaft beschlossenen Umweltschutzmaßnahmen verstärkte Schutzvorschriften beizubehalten oder zu erlassen; allerdings nur, soweit dies mit dem Vertrag, insbesondere seinen Art. 30 ff., vereinbar ist.

Gegenüber dem Art. 36 enthält Art. 100 a Abs. 4 ein weiteres Tatbestandsmerkmal, nämlich daß der Schutz der in der Bestimmung genannten Rechtsgüter einem wichtigen Erfordernis ent-

sprechen muß. Der Begriff wird dem Tatbestandsmerkmal "zwingendes Erfordernis" gleichzusetzen sein, wie er durch die Rechtsprechung des Gerichtshofes, insbesondere durch die sogenannte "Cassis de Dijon-Rechtsprechung"¹⁵ im Rahmen der Auslegung der Art. 30 ff. entwickelt worden ist und wird auch im Rahmen des Art 100 a Abs. 4 in diesem Sinne interpretiert werden müssen. Es ist jedoch darauf hinzuweisen, daß diese Rechtsfortentwicklung durch den Gerichtshof sich bezog auf Maßnahmen von Mitgliedstaaten vor der Durchführung einer vollständigen Rechtsangleichung und im Hinblick auf Maßnahmen, die über die Tatbestände des Art. 36 hinausgehen. In den vom Gerichtshof entschiedenen Fällen handelte es sich vor allem um Maßnahmen des Verbraucherschutzes und des Schutzes der Lauterkeit des Handelsverkehrs. Beide Tatbestandsmerkmale sind nicht in Art. 100 a Abs. 4 übernommen worden und können deshalb nicht zur Rechtfertigung von Maßnahmen eines Mitgliedstaates, die auf diese Bestimmung gestützt werden, herangezogen werden.

Das Vorliegen eines wichtigen Erfordernisses wird aber im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung durch das Gericht von Bedeutung sein. Die Rechtsprechung des Gerichtshofes zu Art. 30 ff.¹⁶, von der erwartet werden kann, daß sie von dem Gericht auch auf die Auslegung des Art. 100 Abs. 4 angewendet werden wird, hat zwar die Beurteilung, ob ein zwingendes Erfordernis vorliegt, dem jeweiligen Mitgliedstaat überlassen, hat aber andererseits für sich das Prüfungsrecht beansprucht, ob eine von einem Mitgliedstaat getroffene Maßnahme zur Erreichung des national definierten Zieles geeignet ist und ob nicht andere Maßnahmen, die die Einheitlichkeit der Gemeinschaftsrechtsordnung weniger oder nicht beeinträchtigen, möglich sind.¹⁷ Es ist zu erwarten, daß der Gerichtshof auf Grund des Tatbestandsmerkmals "wichtiges Erfordernis" im Rahmen des Art. 100 a Abs. 4 strenge Maßstäbe anlegen wird.

Man wird mit Sicherheit davon ausgehen können, daß ein "wichtiges Erfordernis" dann nicht vorliegt, wenn der betreffende Mitgliedstaat eine Schutzklausel in dem Rechtsakt des Rates anrufen kann, die gemäß Art. 100 a Abs. 5 vom Rat verabschiedet worden ist.

Um der Kommission die Erfüllung ihrer durch Art. 155 übertragenen Aufgabe, nämlich für die Anwendung des Vertrages sowie der auf Grund des Vertrages getroffenen Bestimmungen Sorge zu tragen, zu ermöglichen, ist der Mitgliedstaat, der beabsichtigt, auf Grund von Art. 100 a Abs. 4 Maßnahmen zu ergreifen, verpflichtet, die von ihm anzuwendenden Bestimmungen der Kommission mitzuteilen. Die Kommission hat zu prüfen, daß die Maßnahmen kein Mittel zur willkürlichen Diskriminierung und keine verschleierte Beschränkung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten darstellt. Diese Prüfung durch die Kommission schließt die Nachprüfung ein, ob der Tatbestand des Art. 100 a Abs. 4 erfüllt ist, weil anderenfalls eine verschleierte Beschränkung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten vorliegen würde. Kommt die Kommission zu einem positiven Ergebnis, bestätigt sie die betreffenden Bestimmungen des Mitgliedstaates. Der Ausdruck "Bestätigung" wird nicht dahingehend ausgelegt werden können, daß ihnen konstitutive Wirkung in dem Sinne zukommt, daß das Inkrafttreten oder die Weitergeltung der nationalen Bestimmungen durch die Bestätigung bedingt ist. Vielmehr wird sie als Entscheidung der Kommission i.S. des Art. 189 mit der in ¹⁸dieser Bestimmung vorgesehenen Rechtswirkung anzusehen sein. Sind andere Mitgliedstaaten mit der so bekanntgegebenen Auffassung der Kommission nicht einverstanden, steht es ihnen frei, gegen die Kommission auf Grund Art. 173 Abs. 1 vorzugehen. Soweit die Kommission die Bestätigung versagt, d.h. den interessierten Mitgliedstaat durch die Entscheidung verpflichtet, die nationalen Maßnahmen aufzuheben, weil nach ihrer Auffassung diese Maßnahmen nicht

durch Abs. 4 des Art. 100 a gedeckt sind, kann der interessierte Mitgliedstaat diese Entscheidung der Kommission auf Grund des Art. 173 Abs. 1 anfechten. Soweit eine solche Klage innerhalb der gesetzlichen Frist nicht erhoben wird und der betreffende Mitgliedstaat keine Maßnahmen trifft, um der Rechtsauffassung der Kommission Rechnung zu tragen, können die Kommission und andere Mitgliedstaaten den Gerichtshof unmittelbar anrufen, ohne die in Art. 169 und 170 vorgesehenen Vorverfahren einzuleiten. Die Frage des Rechtsschutzes des einzelnen gegen nicht gemeinschaftsrechtskonforme Anwendung von nationalen Vorschriften ist in Art. 100 a nicht geregelt. Die Frage wird im Lichte der Rechtsprechung des Gerichtshofes, die den Rechtsschutz des einzelnen über den Wortlaut des Vertrages hinaus seit seinem Urteil in der Rechtssache Van Gend/Van Loos¹⁹ unter bestimmten Bedingungen anerkannt hat, beantwortet werden müssen. Damit steht es dem einzelnen offen, wenn er von Maßnahmen seines Mitgliedstaates, die unter Berufung auf Art. 100 a Abs. 4 getroffen werden, betroffen ist, geltend zu machen, daß der Mitgliedstaat damit gegen diese Bestimmung verstößt. Das nationale Gericht wird auf Grund eines solchen Vorbringens, wenn es dieses für die Entscheidung des bei ihm anhängigen Rechtsstreites für erheblich hält, den Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften nach Maßgabe des Art. 177 um eine Vorabentscheidung der Frage ersuchen müssen.

Die vorstehende und wegen des vorgegebenen Rahmens kurze Analyse des Art. 100 a zeigt, daß die Einfügung, insbesondere des Abs. 4 dieser Bestimmung in den Vertrag, die Stellung der Mitgliedstaaten gegenüber der Gemeinschaft verstärkt und einen potentiellen Einbruch in die Einheitlichkeit der Gemeinschaftsrechtsordnung erlaubt. Andererseits ist der Anwendungsbereich des Art. 100 a und somit auch seines Abs. 4 im wesentlichen auf den Warenverkehr beschränkt, da Art. 100 a

zwar eine Sondervorschrift gegenüber dem Art. 100 ist, jedoch die Bestimmungen für andere Sachgebiete, die für die Errichtung des Binnenmarktes ebenfalls von großer Bedeutung sind, unberührt läßt. Das gilt, wie aufgezeigt, für die Bestimmungen über die Freizügigkeit, die Steuern, die Dienstleistungen, die Freiheit des Kapitalverkehrs, den Schutz der Arbeitsumwelt und des Umweltschutzes. Gleichwohl zeigt die Einführung des Art. 100 a Abs. 4, daß in einer Gemeinschaft mit 12 Mitgliedstaaten eine Rechtsangleichung auch durch Beschlüsse mit qualifizierter Mehrheit nur dann möglich ist, wenn ein Gleichgewicht hergestellt werden kann zwischen legitimen Interessen der Mitgliedstaaten, die sich aus divergierenden wirtschaftlichen, technischen und gesellschaftlichen Entwicklungen ergeben und andererseits der Einheitlichkeit der Rechtsordnung der Gemeinschaft, die vor die Aufgabe gestellt ist, ein gemeinsames Ordnungsprinzip zu entwickeln, das unvermeidbare Ausnahmen von der Anwendung des Gemeinschaftsrechtes zwar zuläßt, sie aber gemeinschaftsrechtlich eingrenzt, kontrolliert und durch Maßnahmen der Gemeinschaft, etwa im Rahmen der Regionalpolitik, die Gründe für Ausnahmeregelungen beseitigt.

Anmerkungen

- 1 Dok. KOM (85) 310 endg. in: BAnz. 1985
- 2 Vgl. im einzelnen: Glaesner, La procédure de coopération, in: Le Parlement Européen dans l'évolution institutionnelle, Editions de l'Université de Bruxelles, 1988.
- 3 Vgl. hierzu: Erklärung der Kommission zu Art. 100 a EWG-Vertrag in der Schlußakte zur Einheitlichen Europäischen Akte.
- 4 EuGH, Rs 6/72, Slg. 1973 s. 215 ff.
- 5 Vgl. zahlreiche Hinweise bei Langeheine, Kommentierung Art. 100 a, Rd. Nr. 56-87 in: Grabitz, Kommentar zum EWG-Vertrag.
- 6 EuGH, Rs. 251/78, Slg. 1979 S. 3963 ff.
- 7 So EuGH in ständiger Rechtsprechung, bspw. Rs. 2 u. 3/62, Slg. 1962 s. 867 ff., Rs. 36/75, Slg. 1975 S. 1219 ff.
- 8 Gulmann, The Single European Act, in: CMLR 1987 S. 38
Moeller, Binnenmarkt und Umweltschutz in: Europa Archiv, 1987 S. 497.
- 9 Slg. 1979 S. 2575.
- 10 EuGH, Rs. 106/77, Slg. 1978 S. 629 ff.
- 11 Rs. 50/76, Slg. 1977 S. 137 ff.
Rs. 240/86, noch nicht in der Sammlung veröffentlicht.
- 12 EuGH Rs. 22/70 Slg. 1971 S. 263 ff.
- 13 Vgl. eine vollständige Darstellung von Matthies, Kommentierung des Art. 36, in: Grabitz, Kommentar zum EWG-Vertrag
- 14 Rs. 240/83, Slg. 1985 S. 531 ff.
- 15 Rs. 120/78, Slg. 1979 S. 649 ff.
- 16 Vgl. bspw. EuGH Rs. 261/81, Slg. 1982 s. 2793.
- 17 EuGH Rs. 788/79, Slg. 1980 S. 2071 ff.
- 18 Die Einordnung der "Bestätigung" als Entscheidung entspricht der Rechtsprechung des EuGH zu Art. 93 Abs. 2 Rs. 120/73 Slg. 1973 S. 1471 ff.

- 19 Rs. 26/62, Slg 1963 S. 3 ff.
Rs. 77/73 Slg. 1973 S. 611 ff.

V O R T R A G

von Herrn Professor Dr. Peter KARPENSTEIN

Rechtsberater der Kommission der Europäischen Gemeinschaften

DOPPELTE RECHTSGRUNDLAGEN IM GEMEINSCHAFTSRECHT -
EIN SPÄT AUSGETRAGENDER STREIT

DOPPELTE RECHTSGRUNDLAGEN IM GEMEINSCHAFTSRECHT -
EIN SPÄT AUSGETRAGENER STREIT

Die Anführung mehrerer Rechtsgrundlagen für einen einzelnen Rechtsakt des Rates und der Kommission ist an sich nichts Ungewöhnliches. Je nach Regelungsgegenstand ist es häufig sogar unerlässlich, Rechtsakte, mit denen die Staaten, Unternehmen oder Einzelpersonen in die Pflicht genommen werden sollen, auf mehrere Rechtsgrundlagen zu stützen. Die Verpflichtung, alle für den in Frage stehenden Rechtsakt maßgeblichen Rechtsgrundlagen anzuführen, folgt zum einen aus dem den Gemeinschaftsverträgen zugrunde liegenden Prinzip der begrenzten Kompetenzzuweisung¹ und zum anderen aus Art. 190 EWGV² und den entsprechenden Bestimmungen der übrigen Verträge, Verordnungen, Richtlinien und Entscheidungen des Rates und der Kommission mit Gründen zu versehen. Nach einem erst vor kurzem ergangenen Urteil des EuGH stellt die fehlende Bezugnahme auf eine bestimmte Rechtsbasis in aller Regel einen wesentlichen Formfehler dar³. Das jeweils zuständige Organ ist hier nach gehalten, bei dem Gesetzesvorhaben und bei jeder Einzelentscheidung zu prüfen, ob sich im Gemeinschaftsrecht - in den Verträgen selbst oder in einer Bestimmung des Sekundärrechts - eine Rechtsgrundlage findet, die die Gesamtheit der zu treffenden Regelungen abdeckt. Reicht eine einzige Rechtsbasis für den beabsichtigten Regelungsgegenstand nicht aus, so muß nach weiteren Ermächtigungsnormen Ausschau gehalten werden oder - falls sich solche nicht finden - von einer Regelung des durch keine Norm abgedeckten Gegenstands Abstand genommen werden.

Die Notwendigkeit, mehrere Rechtsgrundlagen anzuführen, kann sich selbst bei sehr allgemein und weit gefaßten Ermächtigungen wie Art. 43 (Landwirtschaft) oder Art. 75 (Verkehr) ergeben. So sind z.B. für bestimmte Regelungsgegenstände spezielle Handlungsermächtigungen vorgesehen, die den Erlass von Normen in diesem Bereich von strengeren Konsultations- oder Abstimmungserfordernissen abhängig machen. Dem Grundsatz der Spezialität entsprechend können die einer strengeren Spezialermächtigung unterliegenden Gegenstände nur unter Einhaltung der erschwerenden Erfordernisse der Spezialermächtigung geregelt werden. Beispielhaft sei in diesem Zusammenhang auf Art. 209 EWGV hingewiesen. Nach dieser Bestimmung bedürfen nicht nur die allgemeine Haushaltsordnung und die Regeln der Erfassung der eigenen Einnahmen der Gemeinschaft der einstimmigen Zustimmung des Rates, sondern auch die im Finanzbereich maßgeblichen Kontrollmaßnahmen. Die VO 729/70 über die Finanzierung der gemeinsamen Agrarpolitik⁴ mußte deshalb ungeachtet der Tatsache, daß die Agrarfinanzierung durch Ausrichtungs- oder Garantiefonds bereits im Landwirtschaftstitel vorgezeichnet ist, neben Art. 43 auch auf Art. 209 gestützt werden. Die doppelte Rechtsbasis rechtfertigt sich in diesem Falle einerseits wegen Art. 1 Abs. 1 der Verordnung, demzufolge der gemeinsame Agrarfonds einen Teil des Haushalts bildet, und zum anderen wegen dessen Art. 9, in dem in detaillierter Form die Kontrollbefugnisse der Kommission im Verhältnis zu Mitgliedstaaten und Operateuren geregelt werden.

Nun ist allerdings das Anführen von mehreren Ermächtigungsnormen nicht immer von hehren Bemühungen nach der oder den richtigen Rechtsgrundlagen getragen. Auf einer Kumulierung der Rechtsgrundlagen wird häufig allein deshalb bestanden, weil man der Gefahr einer Überstimmung entgehen möchte. Die Staaten können häufig nicht ausschließen, daß sich in das zur

Diskussion anstehende Projekt Regelungen einschleichen, die ihren nationalen Interessen zuwiderlaufen. Folglich versuchen sie, von vornherein sicherzustellen, daß in die Rechtsgrundlagen eine Bestimmung aufgenommen wird, die die Verabschiedung des Rechtsaktes von der Zustimmung aller Staaten abhängig macht. Die Möglichkeit eines Vetos ist auf diese Weise gesichert, ohne daß man sich auf das inzwischen trügerisch gewordene Eis des Luxemburger Kompromisses begeben müßte.

Angeichts der Unklarheiten, die über die sachliche Tragweite der einzelnen im EWG-Vertrag enthaltenen Handlungsermächtigungen auch heute noch bestehen, ist die Bestimmung der Fälle, in denen das Hinzufügen einer zweiten, die Einstimmigkeit verlangenden Rechtsgrundlage als eindeutig rechtsmißbräuchlich bezeichnet werden könnte, nicht einfach. Die Staaten lassen ihre Motive nur selten klar erkennen. Ob das Hinzufügen einer zweiten Rechtsgrundlage als überflüssig und damit letztlich als fehlerhaft bezeichnet werden kann, läßt sich in aller Regel nur aufgrund einer gründlichen Analyse der primären, schon im Kommissionsvorschlag erscheinenden Rechtsgrundlage feststellen. Aus der Vielzahl der Fälle, die in der Vergangenheit Anlaß zu Streitigkeiten über die Notwendigkeit der Hinzufügung einer zweiten Rechtsgrundlage gegeben haben, möchte ich im folgenden zwei Fallgruppen herausgreifen, die zur Zeit Gegenstand von Auseinandersetzungen vor dem EuGH sind:

- Einmal die ergänzende Heranziehung von Art. 100 EWGV bei Harmonisierungsarbeiten innerhalb der gemeinsamen Agrarpolitik (GAP),
- Zum anderen der Rückgriff auf Art. 235 EWGV bei Maßnahmen im Bereich der Handelspolitik.

Mein Ziel ist es, Ihnen zu demonstrieren, daß in beiden Bereichen ein Rückgriff auf die genannten Generalklauseln von der Kompetenzlage aus betrachtet häufig außerordentlich zweifelhaft war. Es finden sich Situationen, in denen es ganz offensichtlich nur darum ging, den Staaten, die auf der ergänzenden Aufnahme dieser Rechtsgrundlagen bestanden hatten, die Möglichkeit eines Vetos einzuräumen.

I. Der Streit um Art. 100 EWGV bei der Rechtsharmonisierung im Agrarbereich

1. Im Bereich der GAP war von jeher streitig, ob die Harmonisierung der Vorschriften, die den Schutz der menschlichen oder der tierischen Gesundheit vor bestimmten Stoffen oder Schädlingen zum Gegenstand haben, allein auf die Generalermächtigungen in Art. 43 Abs. 2 und 3 EWGV - die bekanntlich seit Ablauf der zweiten Stufe Entscheidungen mit qualifizierter Mehrheit erlauben - gestützt werden kann oder ob bei derartigen Regelungen ergänzend oder möglicherweise sogar allein auf Art. 100 EWGV - eine Einstimmigkeitsregel - zurückgegriffen werden muß. Diese Frage ist nicht nur wegen der unterschiedlichen Abstimmungsmodalitäten wichtig, sondern auch wegen der Natur der möglichen Rechtsakte. Art. 43 läßt dem Rat bekanntlich die freie Wahl zwischen Verordnungen, Richtlinien oder Entscheidungen. Art. 100 erlaubt dagegen stets nur den Erlass von Richtlinien, ein Rechtsinstrument also, mit dem es - wie wir heute wissen - seine Tücken hat.

Die Kommission hat sich schon zu Beginn der sechziger Jahre auf den Standpunkt gestellt, daß Art. 43 auch für solche Regelungen eine ausreichende Rechtsgrundlage darstelle, mit denen über den engeren Kernbereich der gemeinsamen Marktordnun-

gen hinaus die Voraussetzungen festgelegt werden, die Agrarerzeugnisse oder Futtermittel im Interesse des Gesundheitsschutzes erfüllen müssen, um innerhalb der Gemeinschaft frei zirkulieren zu können⁵. Die Mehrzahl der damaligen Mitgliedstaaten⁶ war bereit, sich dem Kommissionsstandpunkt anzuschließen. Nachdrücklich gegen die ausschließliche Heranziehung des Art. 43 wandte sich dagegen die Bundesrepublik. Sie machte geltend, eine Rechtsangleichung in bezug auf die in Art. 36 EWGV genannten Rechtsgüter (zu denen bekanntlich auch der Schutz der Gesundheit von Menschen, Tieren und Pflanzen gehört) könne wegen der Bedeutung dieser Rechtsgüter⁷ allein aufgrund von Art. 100 EWGV, d.h. nur einstimmig erfolgen. Im Verhältnis zu Art. 100 könne Art. 43 nach der Konzeption des Vertrages nur insoweit als "lex specialis" gelten, als der Gegenstand der Harmonisierung nicht ein von den Zielen der GAP⁸ vollkommen verschiedenes Rechtsgebiet sei.

Die mit diesen Einwänden aufgeworfene Rechtsfrage über das Verhältnis von Art. 43 zu Art. 100 ist ihrerseits nicht gelöst worden. Da keine Delegation von ihrem Rechtsstandpunkt abgehen wollte, die inhaltlich ausgehandelte Lösung jedoch allen Staaten zusagte, einigte man sich im Wege eines politischen Kompromisses auf die Anführung beider Rechtsgrundlagen⁹. Bei diesem Kompromiß ist es in der Folgezeit im wesentlichen geblieben. Die Kommission stützte Harmonisierungsvorhaben, mit denen im Agrarbereich gemeinsame Regelungen zum Schutze von Menschen, Tieren und Pflanzen geschaffen werden sollten, weiterhin allein auf Art. 43 und gab auch nach außen zu erkennen, daß sie diese Bestimmung für eine ausreichende Rechtsgrundlage hielt¹⁰. Der Rat fügte demgegenüber, sobald auch nur ein Mitgliedstaat Einwände gegen die ausschließliche Heranziehung des Art. 43 geltend machte, in schöner Regelmäßigkeit den Art. 100 hinzu. Konsequenz: In einem Bereich, in dem nach Auffassung der Kommission und der Mehrheit der

Mitgliedstaaten mit qualifizierter Mehrheit hätte entschieden werden können, hatte ein einzelner Mitgliedstaat das Einstimmigkeitsprinzip durchgesetzt. Es fand sich niemand, der wegen dieser Praxis vor den EuGH gezogen wäre.

Bis zum Jahre 1985 sind praktisch nicht nur im veterinären und phytosanitären Bereich, sondern auch auf dem Gebiet des Saatguts, der Futtermittel und der Schädlingsbekämpfung alle Rechtsharmonisierungsvorhaben auf Art. 43 und Art. 100 gestützt worden. Abweichungen waren äußerst selten und betrafen durchweg nur unbedeutende, die Substanz kaum berührende Regelungen¹¹.

2. Die große Wende brachte die am 31.12.1985 verabschiedete RL 85/649/EWG¹², mit der der Einsatz bestimmter, bis dato in das Ermessen der Mitgliedstaaten gestellter Hormone bei der Mast von Schlachttieren verboten wurde. Das Verfahren, das zum Zustandekommen dieser Richtlinie geführt hat, ist in mancher Beziehung zweifelhaft. Für den vorliegenden Zusammenhang interessieren jedoch nur folgende Angaben: In einem wiederum allein auf Art. 43 gestützten Richtlinien-Vorschlag hatte die Kommission im Juni 1984 vorgeschlagen, innerhalb von fünf Hormonen, die durch eine frühere Richtlinie¹³ noch nicht definitiv verboten waren, drei weiterhin dem Ermessen der Mitgliedstaaten anheimzustellen und zwei bis auf weiteres zu verbieten. Tatsächlich interessiert waren an diesen vorwiegend bei der Tiermast eingesetzten Hormonen nur das Vereinigte Königreich und Frankreich. Alle übrigen Mitgliedstaaten hatten die in Frage stehenden Hormone, zu denen auch das hinlänglich bekannte Östrogen gehört, für die Tiermast schon verboten. Zum Eklat kam es, als die Kommission ihren den britischen und französischen Interessen günstigen Vorschlag auf Drängen des Europäischen Parlaments im November 1985 änderte und sich nunmehr in der Form eines Verordnungsvorschlags für

ein Verbot auch der drei im ursprünglichen Vorschlag für unbedenklich erklärten Hormone einsetzte. Die in Frage stehenden Hormone sollten nach dem geänderten Vorschlag nur noch für therapeutische Zwecke eingesetzt werden dürfen.

Die Mehrheit der Mitgliedstaaten war mit dem geänderten Vorschlag einverstanden. Da jedoch die britische Delegation nachdrücklich protestierte, ließ sich das bis dahin eingespielte Verfahren nicht wiederholen (für die Hinzufügung von Art. 100 hätte es nach Art. 149 Abs. 1 EWGV der Einstimmigkeit bedurft, die wegen der sachlichen Differenzen nicht zu erzielen war). Zwar folgte man der Kommission nicht bei der Rechtsform der zu treffenden Entscheidung, man warf aber die seit mehr als zwei Jahrzehnten geübte Praxis in bezug auf die Rechtsgrundlagen kurzerhand über Bord und stützte die RL 85/649/EWG ausschließlich auf Art. 43.

Ein analoger Disput ergab sich bei der RL 86/113 EWG¹⁴ über die Mindestanforderungen zum Schutze von Legehennen in Käfigbatterien. Anders als beim Hormonfall bestand hier kein Streit über den Inhalt der zu treffenden Maßnahmen (Mindestgröße und -höhe der Käfige usw.). Dennoch war der Rat nicht bereit, dem britischen Wunsch auf Anfügung des Art. 100 stattzugeben. Er wollte sich offensichtlich nicht in Widerspruch zu seiner Haltung im Hormonfall setzen. Auch die deutsche Delegation hat bei den Legehennen nicht auf der Aufnahme von Art. 100 bestanden, was sich wahrscheinlich daraus erklären läßt, daß bei dieser Richtlinie der Schutz der menschlichen Gesundheit nicht im Spiel war.

3. Sieht man von gewissen, hier nicht weiter interessierenden Prozedurfragen ab, so unterscheiden sich die Argumente, die das Vereinigte Königreich in seinen anschließenden Nichtigkeitsklagen¹⁵ vorgetragen hat, nur geringfügig von den Dis-

kussionen der sechziger Jahre. Die britische Regierung ging zwar nicht so weit, Art. 100 als die allein maßgebliche Rechtsgrundlage zu erklären. Sie meinte jedoch, daß neben den Verfahrens- und Abstimmungserfordernissen des Art. 43 auch die des Art. 100 hätten erfüllt sein müssen. Daß das Verbot der Verwendung von Hormonen für Mastzwecke bzw. die Mindestanforderungen für Legehennen auch landwirtschaftliche Ziele verfolgt, wurde von der britischen Regierung nicht bestritten. Die britische Regierung machte jedoch geltend, daß es bei beiden Richtlinien in der Sache in erster Linie um eine Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten im Interesse des Schutzes der Verbraucher von Fleisch und Fleischwaren bzw. um den Schutz der Gesundheit von Tieren ginge. Im übrigen verwahrte sie sich nachdrücklich gegen den Gedanken, die Rechtsgrundlage von dem "primären" oder "überwiegenden" Zweck einer Regelung abhängig zu machen. Zum einen sei es häufig gar nicht möglich, den Primärzweck mit Sicherheit zu bestimmen, und zum anderen hätten die Mitgliedstaaten in jedem Fall ein Recht auf Einhaltung der ihnen durch die verschiedenen Ermächtigungsnormen des Vertrages gewährten Verfahrensgarantie. Verfolge eine Maßnahme zwei verschiedene Ziele, so müsse, sofern beide Ziele real und wesentlich seien, jedes dieser Ziele auf dem hierfür vom Vertrag vorgezeichneten Weg erreicht werden. Für die Hormon- und Hühnerrichtlinie hätten deshalb beide Rechtsgrundlagen herangezogen und sowohl die Abstimmungsregeln des Art. 43 als auch die des Art. 100 beachtet werden müssen.

4. Generalanwalt Mischo hat in seinen Schlußanträgen vom 14.10.1987 die britischen Klagen für unbegründet erklärt. Wir werden abzuwarten haben, ob sich der EuGH dieser Würdigung anschließt¹⁶. Hier in aller Kürze mein persönliches Urteil:

a) Ich teile die These des Rates, derzufolge Art. 43 im Verhältnis zu Art. 100 als eine Spezialnorm in dem Sinne anzusehen ist, daß sie in ihrem Anwendungsbereich den Rückgriff auf andere, allgemeiner gehaltene Ermächtigungsnormen des Vertrages verdrängt^{16a}. Auch wenn man davon ausgehen kann, daß die in den Bereichen pflanzliches Vermehrungsgut, Futtermittel, Verkehrsfähigkeit von Fleisch, Fischen, Obst und Gemüse usw. erlassenen Richtlinien der Sache nach Maßnahmen zur Rechtsharmonisierung im Sinne von Art. 100 darstellen, ist damit noch lange nicht gesagt, daß derartige Richtlinien nur auf Art. 100 gestützt werden könnten. Art. 43 Abs. 2 enthält eine ähnlich weitgehende Handlungsermächtigung wie Art. 100. Er gestattet dem Rat, auf Vorschlag der Kommission und nach Anhörung des Europäischen Parlaments Verordnungen, Richtlinien und Entscheidungen "zur Gestaltung und Durchführung der gemeinsamen Agrarpolitik" zu erlassen. Daß diese Maßnahmen nicht nur die Schaffung neuer oder die Ersetzung nationaler Marktordnungen zum Gegenstand haben dürfen, ergibt sich aus den in Art. 43 Abs. 2 UAbs.1 erscheinenden Worten "unter anderem". Rechtsangleichung aufgrund von Art. 43 Abs. 2 ist hiernach schon aufgrund des Wortlautes dieser Bestimmung keineswegs ausgeschlossen¹⁷. Wie Ehlermann mit Recht bemerkt¹⁸, weist im übrigen Art. 100 im Vergleich zu Art. 43 weder in bezug auf die Ziele noch in bezug auf die Technik wesentliche Besonderheiten auf. Beide Bestimmungen wollen letztlich das gute Funktionieren des Gemeinsamen Marktes sicherstellen, beide gestatten den Einsatz des Rechtsinstruments der Richtlinien. Die unterschiedlichen Abstimmungsmehrheiten können für sich allein keinen Vorrang des Art. 100 begründen.

Für die These, Maßnahmen der Rechtsangleichung müßten im Agrarbereich stets auf Art. 100 gestützt werden, läßt sich schließlich auch nichts aus Art. 38 Abs. 2 ableiten. Zwar finden nach dieser Bestimmung die Vorschriften für die Er-

richtung des Gemeinsamen Marktes auch auf landwirtschaftliche Erzeugnisse Anwendung. Dies gilt aber ausdrücklich nur insoweit, als die Art. 39 bis 46 nichts anderes bestimmen. Genau besehen ergibt sich also aus Art. 38 Abs. 2 kein Anhaltspunkt für eine vorrangige Anwendung des Art. 100, sondern eher ein Hinweis für den Vorrang der Verfahrensregeln des Art. 43 vor den allgemeinen Bestimmungen des Vertrages.

b) Veterinär- und phytosanitärrechtliche Regelungen bilden ihrem Gegenstand nach ebenso einen Bestandteil der gemeinsamen Agrarpolitik wie Regelungen über den zulässigen Inhalt von Futtermitteln oder Regelungen über die Bekämpfung von Schädlingen für pflanzliche oder tierische Agrarerzeugnisse. Wenn man für diese Gegenstände gemeinschaftsweit einheitliche Normen aufstellt, so gehört dies bei unverkrampfter Betrachtung im Sinne von Art. 43 ohne Zweifel "zur Gestaltung und zur Durchführung der gemeinsamen Agrarpolitik".

c) Das Argument von den besonderen Verfahrensgarantien des Art. 100 scheitert theoretisch-gedanklich nach allem schon an der Spezialität von Art. 43. Angesichts dieser Spezialität und mit Rücksicht auf den in Art. 43 verankerten weiten Handlungsspielraum kann man im Grunde ernsthaft nur zwei Fragen aufwerfen:

- Einmal, ob es für die Heranziehung von Art. 43 genügt, daß mit der in Frage stehenden Regelung ein landwirtschaftliches, d.h. ein in Art. 39 aufgeführtes Ziel verfolgt wird,
- Zum anderen, ob nach der Konzeption des Vertrages Regelungen, die das Ausmaß des Schutzes der in Art. 36 EWGV genannten Rechtsgüter betreffen, grundsätzlich nur einstimmig getroffen werden können.

d) Bei der Beantwortung der ersten Frage wird man einräumen müssen, daß die gegenständliche Erfassung eines landwirtschaftlichen Erzeugnisses für sich allein den Rückgriff auf Art. 43 noch nicht rechtfertigt. C.-D. Ehlermann¹⁹ hat in diesem Zusammenhang auf die Gesetzgebung zur Harmonisierung des Zollrechts verwiesen. Derartige Gesetzesvorhaben beziehen häufig auch Agrarerzeugnisse mit ein²⁰. Ihr Regelungsgehalt liegt jedoch im Schwerpunkt keineswegs bei diesen Erzeugnissen. Man muß deshalb in diesem Bereich mit Recht auf andere Kompetenznormen - die Art. 100 oder 235 - zurückgreifen. Sobald jedoch eine Regelung spezifische Probleme der Landwirtschaft behandelt und sobald eines oder mehrere Ziele des Art. 39 verfolgt werden, kann im Anschluß an die von Ehlermann entwickelte "Intensitätsmethode"²¹ allein auf Art. 43 zurückgegriffen werden²², und zwar ohne Rücksicht darauf, ob es sich um spezifische Bestandteile einer Marktordnung oder um Rechtsharmonisierung im Interesse des freien Warenverkehrs handelt. Jeder Kenner der Materie muß einräumen, daß sich eine Trennung von Marktordnungs- und Rechtsangleichungsregeln ohnehin nicht klar vollziehen läßt.

Für die Hormon- und die Hühnerrichtlinie läßt sich ein direkter Zusammenhang mit der gemeinsamen Agrarpolitik schwerlich bestreiten. Sie beziehen sich beide auf landwirtschaftliche Erzeugnisse, und sie verfolgen verschiedene Ziele des Art. 39, so die rationelle Entwicklung der landwirtschaftlichen Erzeugung, die Bestimmung der dabei einzusetzenden Produktionsfaktoren, ferner die Marktstabilisierung und eine qualitative Verbesserung des Angebots. Daß bei der Hormonrichtlinie auch Gesundheitsinteressen des Verbrauchers im Spiel waren, möglicherweise sogar im Vordergrund gestanden haben, ändert nichts an ihrem landwirtschaftlichen Einschlag. Das gleiche gilt für die Hühnerrichtlinie, die in erster Linie eine Maßnahme zur Gesunderhaltung von Tieren darstellt.

Es muß in diesem Zusammenhang auch klar gesagt werden, daß der Verbraucherschutz und die öffentliche Gesundheit keineswegs eine ausschließliche Domäne des Art. 100 sind. Genau gesehen sind diese Werte weder ein spezifisches Ziel von Art. 100 noch ein solches von Art. 43. Die Gesundheit von Menschen und Tieren ist lediglich ein Umstand, den die Gemeinschaftsorgane im gesamten Bereich ihrer Tätigkeiten im höchstmöglichen Umfang zu berücksichtigen haben²³. Anzunehmen, daß ein wirksamer Gesundheits- oder Verbraucherschutz nur durch auf Art. 100 gestützte, d.h. einstimmig beschlossene Richtlinien zu erzielen sei, hieße die tatsächliche Entwicklung verkennen. In der Praxis wird den Erfordernissen des Gesundheits- und Verbraucherschutzes keineswegs nur durch die auf Art. 100 gestützte Richtlinie Rechnung getragen. Es sind insoweit auch eine Fülle von direkt oder indirekt auf Art. 43 gestützten Verordnungen einschlägig. Beispielhaft sei in diesem Zusammenhang auf die Qualitätsnormen der Marktorganisation Obst und Gemüse²⁴ die önologischen Bestimmungen der gemeinsamen Weinordnung²⁵ und die umfangreichen Bezeichnungs- und Etikettierungsregeln im Weinrecht²⁶ verwiesen. Der britische Widerstand gegen das Verbot von Hormonen bei der Tiermast zeigt zudem, daß einstimmige Beschlüsse keineswegs notwendig zu einer Verbesserung der Situation des Verbrauchers führen.

e) Für das Argument, die Tragweite der dem ordre-public-Vorbehalt des Art. 36 unterliegenden Rechtsgüter könne nicht gegen den Willen eines Mitgliedstaates geregelt werden²⁷, findet sich im Vertrag keine Stütze. Es trifft zwar zu, daß jeder Mitgliedstaat, solange es an gemeinschaftlichen Regeln mangelt, sich einseitig und auf Grundlage seines nationalen Schutzniveaus auf die in Art. 36 genannten Schutzgüter berufen kann. Über die Art und Weise, wie diese Schutzgüter auf einen gemeinsamen Nenner zu bringen sind, ist damit indessen nichts gesagt. Gegen die These der deutschen und der briti-

schen Regierung sprechen vor allem Art. 56 Abs. 2 und Art. 66 EWGV. Die Angleichung der Rechtsvorschriften, mit denen die Mitgliedstaaten ausländische Niederlassungs- und Dienstleistungsberechtigte aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit von ihrem Territorium fernhalten können, erfolgt danach ab dem Ende der zweiten Stufe mit qualifizierter Mehrheit²⁸. Für Wanderarbeitnehmer konnten die entsprechenden Regelungen gemäß Art. 49 Abs. 1 sogar mit einfacher Mehrheit²⁹ erlassen werden. Unverkennbar ist auch, daß die im Rahmen der gemeinsamen Verkehrspolitik zu erlassenden Vorschriften Auswirkungen auf die Verkehrssicherheit haben und damit das Leben und die Gesundheit von Menschen beeinträchtigen können³⁰. Insoweit ist bisher noch niemand auf den Einwand verfallen, es müsse von der in Art. 75 Abs. 1 vorgesehenen Entscheidung mit qualifizierter Mehrheit abgegangen und nur noch einstimmig entschieden werden.

Alles in allem läßt sich also relativ leicht nachweisen, daß die in Art. 36 genannten Schutzgüter einer Rechtsangleichung aufgrund von Art. 43 nicht entzogen sind. Damit steht dann aber auch fest, daß das Insistieren bestimmter Mitgliedstaaten auf der zusätzlichen Heranziehung von Art. 100 rechtsmißbräuchlich war und vom Rat nicht hätte akzeptiert werden dürfen³¹.

II. Die ergänzende Heranziehung von Art. 235 EWGV im Bereich der gemeinsamen Handelspolitik

Auch bei Maßnahmen der gemeinsamen Handelspolitik stößt man allenthalben auf Rechtsakte mit doppelter, zum Teil sogar mit drei- und vierfacher Rechtsbasis. Neben Art. 113 werden hier zusätzlich und manchmal sogar allein die Art. 28, 43 oder 235 angeführt. Beispiele für eine ergänzende Heranziehung des

Art. 235³² sind nicht nur die große Anzahl von Kooperationsverträgen³², sondern auch spezifisch zollrechtliche Regelungen wie das vor kurzem unterzeichnete weltweite Übereinkommen über die Einführung eines harmonisierten Systems zur Bezeichnung und Codierung von Waren³³, der hierauf beruhende neue Zolltarif³⁴ oder die Regelung über den aktiven Veredelungsverkehr³⁵. Aber auch die Anti-Dumping-Regeln der Gemeinschaft³⁶ oder das sogenannte "neue Instrument" zur Stärkung der gemeinsamen Handelspolitik³⁷ führen unter ihren Rechtsgrundlagen neben Art. 113 die Gesamtheit der gemeinsamen Marktordnungen" sowie die aufgrund von Art. 235 des Vertrages erlassenen Verordnungen für landwirtschaftliche Verarbeitungserzeugnisse (an), insbesondere diejenigen Bestimmungen dieser Verordnungen, welche ein Abweichen von dem allgemeinen Grundsatz ermöglichen, daß alle Schutzmaßnahmen an den Grenzen allein durch die in diesen Verordnungen vorgesehenen Maßnahmen ersetzt werden"³⁸.

Die zuletzt erwähnten Rechtsinstrumente sind von unserem Blickwinkel aus betrachtet nicht zu beanstanden. Sie stützen sich auf eine in allen Marktorganisationen erscheinende Bestimmung, die es dem Rat ermöglicht, auf Vorschlag der Kommission mit qualifizierter Mehrheit von dem Grundsatz abzuweichen, demzufolge im Verkehr mit Drittländern mengenmäßige Beschränkungen oder Maßnahmen gleicher Wirkung grundsätzlich verboten sind. Trotz des Hinweises auf Art. 235 werden die Beschlüsse nach diesen Bestimmungen mit qualifizierter Mehrheit gefaßt.

Den absoluten "Mengenrekord" bei den Rechtsgrundlagen hält nach den Feststellungen des Verfassers die RatsVO 1059/69 zur Festlegung der Handelsregelungen für bestimmte³⁹ aus landwirtschaftlichen Erzeugnissen hergestellte Waren³⁹. Diese Verordnung führt als Rechtsgrundlagen mindestens 8 verschiedene

Vertragsartikel (Art. 14 Abs. 7, 28, 92 bis 94, 111 f., 227 und 235) und u.a. auch solche auf, die überhaupt keine Handlungsermächtigungen für den Rat enthalten! Umgekehrt darf es nicht schockieren, daß die gemeinsame Marktordnung für Hopfen⁴⁰ nicht nur auf die Art. 42 und 43, sondern daneben noch auf Art. 113 und 235 gestützt ist. Eine Erklärung für diese Besonderheit findet sich im 3. Erwägungsgrund dieser Marktordnung:

"Da die Pflanzensäfte und -auszüge von Hopfen nicht im Anhang II des Vertrages aufgeführt sind, fallen diese Erzeugnisse im Gegensatz zu Hopfen nicht unter die Agrarbestimmungen des Vertrages; da die betreffenden Erzeugnisse jedoch weitgehend austauschbar sind, droht diese Situation die Auswirkung der gemeinsamen Agrarpolitik auf dem Hopfensektor zu gefährden; es ist daher erforderlich, die für Hopfen erlassenen Vorschriften über den Handel mit dritten Ländern in Anwendung des Artikels 113 und über die Vermarktungsregeln in Anwendung des Artikels 235 auf Pflanzensäfte und -auszüge von Hopfen auszudehnen."

1. Die genannten Beispiele zeigen bereits, daß die Frage eines mißbräuchlichen Vorgehens im Bereich der gemeinsamen Handelspolitik wesentlich schwieriger zu beantworten ist als bei den unter I behandelten landwirtschaftlichen Harmonisierungsrichtlinien. Die Regelungsbreite ist in diesem Bereich wesentlich variabler, so daß sich eine sachgerechte Beurteilung nur von Fall zu Fall erzielen läßt. Es stellt sich zunächst immer die Frage, ob die zur Beratung anstehende Regelung wirklich nur die Beeinflussung der Handelsströme oder ihres Volumens zum Gegenstand hat. Für die im Dezember 1986 verabschiedete VO 3842/86 zum Verbot der Überführung nachgeahmter Waren in den zollrechtlich freien Verkehr⁴¹ wird man diese Frage z.B. verneinen müssen. Regelungsgegenstand dieser Verordnung ist nämlich nicht nur das Fernhalten von Waren, die

unter Verletzung einer Marke oder eines Warenzeichens in die Gemeinschaft eindringen wollen, sondern auch eine Verpflichtung der Mitgliedstaaten zur Konfiskation der Waren. Eine Regelung, die die Mitgliedstaaten dazu anhält, "ohne jedwede Entschädigung die als nachgeahmt · erkannten Waren ... in der Regel zu vernichten oder ... aus dem Marktkreislauf zu nehmen" und "die für die Einfuhr Verantwortlichen⁴² tatsächlich um den Gewinn aus diesem Geschäft" zu bringen", hat mehr als nur handelspolitischen Inhalt. Schon die Kommission hätte aus diesem Grunde ihren Vorschlag⁴³ für diese Verordnung ergänzend auch auf Art. 235 gestützt.

Schwierigkeiten für die Beurteilung von mehrfachen Rechtsgrundlagen ergeben sich für den Bereich der gemeinsamen Handelspolitik im übrigen auch deshalb, weil über die Gegenstände, die von Art. 111 ff. EWGV erfaßt werden,⁴⁴ nach wie vor ein beachtliches Maß an Unsicherheit herrscht. Diese Unsicherheit wird noch zusätzlich durch die Meinungsverschiedenheiten belastet, die zwischen dem Rat und der Kommission in bezug auf die Methodik bestehen, nach der sich der Anwendungsbe-
reich des Art. 113 bestimmt.

Bei der Frage, welche konkreten rechtlichen Maßnahmen allein auf Art. 113 gestützt werden können, vertritt bekanntlich die Kommission die Auffassung, daß die in Art. 113 Abs. 1 in nicht abschließender Form aufgeführten Regelungsgegenstände (also z.B. die Änderung von Zollsätzen, die Vereinheitlichung von Liberalisierungsmaßnahmen, die Ausfuhrpolitik sowie handelspolitische Schutzmaßnahmen) per se, d.h. ohne Rücksicht auf die im Einzelfall verfolgten Ziele, in den Anwendungsbe-
reich der gemeinsamen Handelspolitik fallen, daß es also mit anderen Worten genügt, wenn sich eine Maßnahme "unter Berücksichtigung ihres besonderen Charakters als Instrument zur Re-
gelung des internationalen Handels darstellt"⁴⁵. Nach dem An-

satz des Rates gehören demgegenüber zur Handelspolitik nur solche Maßnahmen, die speziell die Beeinflussung des Handelsvolumens oder der Handelsströme zum Gegenstand haben. Die Änderung eines dieser Parameter muß dabei das eindeutige Ziel der Maßnahme sein, ein Ziel, das ausschließlich und nicht nur als Neben⁴⁶zweck neben einem oder mehreren Zielen verfolgt wird⁴⁶ .

Zwischen diesen Extre⁴⁷mpositionen gibt es zwar eine Reihe von vermittelnden Lösungen⁴⁷, zu einer abschließenden Klar⁴⁸stellung durch den EuGH ist es bisher aber nicht gekommen⁴⁸. Man wird es deshalb nicht als offensichtlich rechtsmißbräuchlich ansehen können, wenn der Rat Ein- und Ausfuhrbeschränkungen, die außen- oder sicherheitspolitischen Zielen dienen, nicht immer allein auf Art. 113 gestützt, ja dieses Feld teilweise sogar den Mitgliedstaaten überlassen hat⁴⁹. Ebenso erscheint es nicht von vornherein falsch, wenn ein auf der Grundlage von Art. 113 unterbreiteter Verordnungs-Vorschlag zum Schutz von Jungrobben⁵⁰ vom Rat nur im Wege einer einstimmig beschlossenen, auf Art. 235 gestützten Richtlinie akzeptiert wurde⁵¹. Die Jungrobbenregelung bildet nachgerade ein Schulbeispiel für die Verschiedenheit der Ergebnisse, zu denen die divergierenden methodischen Ansätze führen. Unbestreitbar ging es bei dem Einfuhrverbot, das Kommission und Rat im Auge hatten, nicht so sehr um eine Beschränkung der Handelsströme oder die Verteidigung von Industrieinteressen als vielmehr um das Bemühen, eine bestimmte Tierart zu erhalten. Für die Kommission war gleichwohl wegen des eingesetzten Instrumentes allein Art. 113 anwendbar. Der Rat konnte demgegenüber entsprechend den verfolgten Zielen eine zureichende Rechtsgrund⁵²lage nur in Art. 235 finden⁵² .

2. Es ist alles in allem also sicherlich nicht übertrieben, wenn wir feststellen, daß sich die Abgrenzungsprobleme im Be-

reich der gemeinsamen Handelspolitik wesentlich komplexer darstellen als das Verhältnis von Art. 43 zu Art. 100. Gerade deshalb sollte man jetzt den Ausgang von drei Nichtigkeitsklagen, die die Kommission vor kurzem vor dem EuGH anhängig gemacht hat, mit Interesse verfolgen. In den drei Verfahren wirft die Kommission dem Rat vor, für bestimmte Regelungen, die nach ihrer Auffassung allein der Handelspolitik bzw. dem Zollrecht zugehören, unter Verletzung des Vertrages ergänzend Art. 235 herangezogen und in einem Fall den Art. 113 sogar ganz ausgeschlossen zu haben, um auf diese Weise eine an sich mögliche Abstimmung mit qualifizierter Mehrheit zu vermeiden.

a) Die erste Nichtigkeitsklage - RS 165/87 - betrifft eine im April 1987 ergangene, auf die Art. 28, 113 und 235 gestützte Entscheidung des Rates⁵³, mit der dieser dem internationalen Übereinkommen über die Einführung eines harmonisierten Systems zur Bezeichnung und Codierung von Waren zugestimmt hat. Der Sache nach geht es hierbei um die Ersetzung der gegenwärtigen Warennomenklatur durch ein System, das zum einen wesentlich einfacher zu handhaben ist als das bisherige Schema⁵⁴, und das zum anderen den großen Vorteil in sich trägt, daß sich ihm auch Handelsnationen (insbesondere die USA und Kanada) anschließen wollen, die bisher ein grundlegend anderes Schema verwandt haben.

Nach Ansicht der Kommission stellt die Zustimmung der Gemeinschaft zu diesem Übereinkommen in jedem Fall eine Maßnahme der gemeinsamen Handelspolitik dar, gleichviel, ob man sich der instrumentalen Betrachtungsweise anschließt oder auf den hauptsächlich verfolgten Zweck abstellt. Art. 113 wäre deshalb eine ausreichende Rechtsgrundlage gewesen, die sowohl den Rückgriff auf Art. 28 als auch den auf Art. 235 ausgeschlossen hätte. Die Kommission betont dabei natürlich mit Nachdruck, daß Art. 235 eine Lückenklausel darstellt, auf die

schon wegen ihres Wortlautes nur zurückgegriffen werden darf, wenn sich für eine von der Gemeinschaft angestrebte Lösung keine anderen Rechtsgrundlagen finden.

b) Bei der zweiten Nichtigkeitsklage - RS 275/87 - geht es um eine vom Rat im Juli dieses Jahres beschlossene Verordnung zur Festlegung eines zeitweiligen Einfuhrregimes für Container⁵⁵. Da vermieden werden sollte, daß Container aus Drittstaaten aufgrund eines noch vor dem Inkrafttreten des EWG-Vertrages von allen Mitgliedstaaten mit Ausnahme Spaniens abgeschlossenen internationalen Abkommens⁵⁶, sofern sie nur alle 6 Monate in einen anderen Mitgliedstaat verbracht wurden, für praktisch unbegrenzte Zeit abgabefrei in der Gemeinschaft zirkulieren konnten⁵⁷, hatte sich der Rat in diesem Falle zu einem autonomen Vorgehen entschlossen. Er legte in der fraglichen Verordnung fest, daß Container aus Drittstaaten, die bestimmungsgemäß nur als "Verpackung" mit eingereist sind und in ihr Herkunftsland zurückverbracht werden sollen, ohne die Erhebung von Zöllen und sonstigen Abgaben in der Gemeinschaft bis zu maximal 12 Monaten verbleiben dürfen, und welche Verfahren für eine derartig vorübergehende Zulassung zu beachten sind. Art. 9 der Verordnung gestattet auch die rein innerstaatliche Benutzung derartiger Container, schreibt allerdings vor, daß sie in jedem Mitgliedstaat nur einmal erfolgen darf.

Im Rat wären 11 Mitgliedstaaten damit einverstanden gewesen, die in Frage stehende Regelung allein auf Art. 113 zu stützen. Wegen des Widerstandes eines einzigen Mitgliedstaates wurde jedoch später, was schon allein wegen Art. 149 Abs. 1 EWGV einen einstimmigen Beschluß erforderlich machte, die Bezugnahme auf Art. 113 gestrichen und als Rechtsgrundlage nur noch die Art. 28 und 235 angeführt. Das Szenario folgte dabei dem üblichen Schema: Der gegen Art. 113 eingestellte Staat

wandte sich im ersten Akt nicht nur gegen die Rechtsgrundlage, die eine Abstimmung mit qualifizierter Mehrheit gestatte, sondern machte gleichzeitig zu einem bestimmten Punkt inhaltliche Änderungswünsche geltend. In einem zweiten Akt verzichtete er auf diese Änderungswünsche, sofern man ihm bei den Rechtsgrundlagen entgegenkäme. So geschah es. Der Versuch einer Abstimmung nach Maßgabe des Art. 113 wurde trotz des Protestes der Kommission gegen die inhaltliche Änderung ihres Vorschlages gar nicht erst unternommen.

Da Art. 28 im Zeitpunkt der abschließenden Beschlüsse des Rates durch die Einheitliche Akte im Sinne einer Rechtsbasis mit qualifizierter Mehrheit geändert war, rügt die Kommission im Container-Fall in erster Linie die Heranziehung von Art. 235⁵⁸. Die Argumentation gleicht im wesentlichen der ersten Klage: Sowohl von den eingesetzten Instrumenten (zeitweise Zollaussetzung, Verbot von Importabgaben und einfuhrbeschränkende Maßnahmen) als auch von den verfolgten Zielen aus betrachtet, handele es sich klar um eine Maßnahme der gemeinsamen Handelspolitik.

c) Die dritte und jüngste Nichtigkeitsklage - RS 288/87 - richtet sich gegen die ergänzende Heranziehung des Art. 235 bei der Verabschiedung des neuen (auf der harmonisierten Nomenklatur beruhenden) gemeinsamen Zolltarifs⁵⁹. Die ergänzende Heranziehung der Art. 28 und 43 wird in dieser Sache von der Kommission nicht beanstandet.

Die Einwände, die der Rat gegen die soeben skizzierten Nichtigkeitsklagen vorbringt, standen bei der Abfassung dieses Referates nur teilweise zur Verfügung. Sie sollen hier aus Zeitgründen nicht im einzelnen angeführt werden, obwohl man sich diese Einwände mit etwas Phantasie selbst zurecht legen kann. So wird gegen die erste und dritte Nichtigkeitsklage

wahrscheinlich eingewandt werden, die neue Nomenklatur gelte auch für die statistische Erfassung der Warenbewegungen, und dies nicht nur im Verhältnis zu Drittländern, sondern auch im Verkehr der Mitgliedstaaten untereinander. Für statistische Regeln, so wird man argumentieren, enthalte der Vertrag keine spezifischen Rechtsgrundlagen; deshalb der Rückgriff auf Art. 235, auf den ja auch schon frühere Statistikregelungen im Innen- wie im Außenverhältnis gestützt worden seien⁶⁰.

Im Container-Fall wird man sich wahrscheinlich in erster Linie auf Art. 9 VO 2076/87 berufen, der die einmalige Benutzung von Containern auch für rein innerstaatliche Transporte gestattet. Man wird ferner auf die VO 3599/82 des Rates über die vorübergehende Verwendung von Waren⁶¹ verweisen und geltend machen, auch diese Verordnung sei nicht auf Art. 113, sondern⁶² - in Übereinstimmung mit den Vorschlägen der Kommission⁶³ - auf die Art. 28, 43 und 235 gestützt. Die VO 3599/82 hat einen viel weiteren Anwendungsbereich als die Container-Regelung. Sie betrifft aber neben Geräten der Berufsausrüstung und Waren, die für Ausstellungen oder Messen benötigt werden, auch "Umschließungen", d.h. "Behältnisse, die als äußere oder innere Umschließung von Waren verwendet werden oder hierfür bestimmt sind". Der Streit im Container-Fall wird damit entscheidend wohl um die Frage gehen, wo die Unterschiede zwischen dem allgemeinen Regime der VO 3599/82 und der Container-Regelung liegen.

III. Schlußbemerkung

Anders als bei den Auseinandersetzungen um die Art. 43/100 wage ich für die Streitigkeiten aus dem Bereich der Handelspolitik keine Prognose. Wie schon bemerkt, ist die Problema-

tik in diesem Bereich wesentlich komplexer, einmal wegen der fundamentalen Gegensätze bei der Bestimmung des Anwendungsberreichs von Art. 113, zum anderen aber auch wegen der Tatsache, daß die Regelungsgegenstände in den umstrittenen Fällen sehr unterschiedlich waren und nicht ausschließlich Fragen des Handelsverkehrs betrafen. Die Kommission wird ihre drei Nichtigkeitsklagen wahrscheinlich nur gewinnen können, wenn der Gerichtshof an seiner im Gutachten 1/78 geäußerten Auffassung festhält, derzufolge die rechtliche Einordnung eines Abkommens "in Ansehung seines wesentlichen Gegenstandes zu erfolgen (hat) und nicht anhand einzelner Bestimmungen, die alles in allem den Charakter von Neben- und Hilfsbestimmungen haben"⁶⁴.

Den Ausgang der geschilderten Rechtsstreitigkeiten werden wir abzuwarten haben. Wichtiger als dieser Ausgang erscheint mir die Tatsache, daß Auseinandersetzungen vor dem EuGH um die richtige Rechtsgrundlage jetzt endlich geführt werden. Im Grunde hätte dies schon viel früher geschehen müssen. Bedenken wir nur, daß der Streit um die ergänzende Heranziehung von Art. 100 im Agrarsektor in die frühen ⁶⁵60er Jahren zurückgeht und bis heute rund 150 Richtlinien betraf. Dieser Streit hat das Voranschreiten der Integration zweifellos nicht nur zeitlich verzögert, sondern wegen der vom Rat akzeptierten Einstimmigkeit Fortschritte immer nur auf dem kleinsten gemeinsamen Nenner ermöglicht.

Solange der Rat im Anschluß an den Luxemburger Kompromiß vom Januar 1966 ohnehin nur einstimmig beschloß, mag mancher in der Wahl einer überflüssigen Rechtsgrundlage nur einen Schönheitsfehler gesehen haben. Die Frage der zutreffenden Rechtsbasis war bei dieser Situation in der Tat zweitrangig. Glücklicherweise ist aber der Rat von der Einstimmigkeitspraxis in den vergangenen Jahren mehr und mehr abgekommen. Den internen

Aufstellungen der Kommission zufolge hat der Rat allein im Jahre 1986 mehr als hundertmal abgestimmt⁶⁶. Die am 1. Juli dieses Jahres in Kraft getretene Einheitliche Europäische Akte hat zudem unübersehbare Hinweise für eine verstärkte Anwendung von Mehrheitsentscheidungen mit sich gebracht⁶⁷. Bei dieser Ausgangslage ist es für die Gemeinschaft von fundamentaler Bedeutung, daß bei der Wahl der Rechtsgrundlagen mit äußerster Genauigkeit vorgegangen wird. Wo immer der Vertrag die Beschlußfassung mit qualifizierter Mehrheit erlaubt, gilt es, diese Kompetenzen voll auszunutzen. Dies ist nicht nur im Interesse der Erreichung der im Vertrag vorgezeichneten Integrationsziele wichtig, sondern auch deshalb, weil damit den Vorschlägen der Kommission wieder das Gewicht zukommt, das ihnen nach der Konzeption der Vertragsväter zukommen sollte. Auch ein rein politischer Gesichtspunkt sollte in diesem Zusammenhang nicht außer acht gelassen werden: Mitgliedstaaten, die damit rechnen müssen, von ihren Partnern überstimmt zu werden, werden in ihren sachlichen Verhandlungspositionen viel eher zur Nachgiebigkeit neigen als Staaten, die davon ausgehen können, daß ohne ihre Zustimmung "nichts läuft". Die Wahl der richtigen Rechtsgrundlage und ihre Verteidigung gegen alle Verwässerungsversuche ist damit auch für den Inhalt der angestrebten Lösung von großer Bedeutung.

Alles in allem kann man es also nur begrüßen, wenn nunmehr die Praxis, sich durch Rückgriff auf eine ergänzende, von der Sache her nicht gerechtfertigte Rechtsgrundlage gegen eine Überstimmung zu sichern, in verschiedenen Grundsatzprozessen gerichtlich erklärt wird. Einen ersten Durchgang in diesen Auseinandersetzungen - den Streit, ob es zulässig ist, im Falle von Meinungsverschiedenheiten über die richtige Rechtsgrundlage einen Rechtsakt einstimmig kurzerhand auf den Vertrag als solchen zu stützen - hat die Kommission bereits gewonnen⁶⁸.

Anmerkungen

Dieser Beitrag ist meinem väterlichen Freund, Herrn Professor Dr. Heinrich Matthies, gewidmet. Er gibt ausschließlich persönliche Ansichten des Verfassers wieder.

- 1 Vgl. Grabitz, Kommentar zum EWG-Vertrag, Art. 4, Rdnr. 8, sowie Art. 189, Rdnr. 4; Ipsen, Europäisches Gemeinschaftsrecht (1972), S. 425 ff.
- 2 Art. 15 EGKSV, 162 EAGV.
- 3 Urteil vom 26.3.1987 in der RS 45/86 - Kommission ./ Rat, bisher nicht veröffentlicht.
- 4 ABl. L 94/70, S. 13.
- 5 Die Frage ist erstmals anlässlich der Beratungen der Richtlinie (RL) über den innergemeinschaftlichen Handel mit lebendem Vieh und Frischfleisch - RL 64/432/EWG/ABl. 1964, 1977); RL 64/433/EWG (ABl. 1964, 2012) - erörtert worden. Sie hat sich bei späteren Harmonisierungsarbeiten, so z.B. im Bereich des pflanzlichen Vermehrungsgutes oder bei Futtermitteln, immer wieder von neuem gestellt.
- 6 Vgl. C.-D. Ehlermann, Die Grenzen der gemeinsamen Agrarpolitik, in: KSE, Bd. 10 (1969), S. 57 ff. (88 und 100 f.).
- 7 Vgl. Eckert, in NJW 1976, 473 ff. (475 rechte Spalte), der darauf hinweist, daß die Rechtsauffassung der Bundesregierung auch von den deutschen gesetzgebenden Körperschaften unterstützt wird, vgl. insoweit auch Holch, in EuR 1967, 227.
- 8 So namentlich Eckert, a.a.O.
- 9 Auf den politischen Kompromiß der doppelten Rechtsgrundlage hat namentlich Ehlermann (a.a.O., S. 88 sowie S. 92 a.E.) hingewiesen. Auch der Rat hat sich in der zur Zeit noch anhängigen RS 68/86 gegenüber den Vorwürfen des Vereinigten Königreichs mit diesem Argument verteidigt (S. 18 des hektographierten Sachbereichs des Gerichtshofs).
- 10 Vgl. die Antwort auf die schriftliche Anfrage Nr. 277/70 von Herrn Vredeling - ABl. C 150/70, S. 4.

- 11 Ein Beispiel bildet insoweit die RL 82/61/EWG zur Änderung der RL 64/432/EWG hinsichtlich der Geltungsdauer in Art. 7 Abs. 1 Buchst. E vorgesehenen Abweichungsmöglichkeit betreffend die Brucellose-Garantien im Handel mit bestimmten Rindern (ABl. L 29/82, S. 13); vgl. ferner RL 85/173/EWG zur Änderung der RL 77/93/EWG über Maßnahmen zum Schutz gegen das Verbringen von Schadorganismen der Pflanzen oder Pflanzenerzeugnisse in den Mitgliedstaaten (ABl. L 65/85, S. 23), deren Inhalt sich in der Verlängerung bestimmter Umsetzungsfristen erschöpft. Die einzige einigermaßen bedeutende RL, die allein auf Art. 43 gestützt ist, betrifft die Finanzierung der Untersuchungen und Hygienekontrollen von frischem Fleisch und Geflügelfleisch (RL 85/79/EWG - ABl. L 32/85, S. 14), hat also mit den Gesundheitsstandards als solchen nichts zu tun.
- 12 ABl. L 382/85, S. 228.
- 13 RL 81/602/EWG - ABl. L 222/81, S. 32.
- 14 ABl. L 95/86, S. 46.
- 15 RS 68 und 131/86, die erst nach Abschluß dieses Vortrags entschieden wurden. Die Schlußanträge des Generalanwalts Mischo vom 14.10.1987 erklären die britischen Klagen jedoch für nicht gerechtfertigt.
- 16 Nach Abschluß dieses Vortrags hat der EuGH am 23.2.1988 in den RS 68 und 131/86 den Art. 43 für eine zureichende, den gesamten Inhalt der RL abdeckende Rechtsgrundlage erklärt, die RL aber gleichwohl wegen anderweitiger Verfahrensfehler aufgehoben. Die Entscheidungen des EuGH stimmen zwar nicht in allen Einzelheiten, wohl aber in den Grundzügen mit der nachstehend entwickelten Argumentation überein.
- 16a I.S. der Unterteilung von C.-D. Ehlermann (a.a.O., S. 21 ff.) handelt es sich um eine Spezialität i.S. von Exklusivität.
- 17 Dies wird auch von Eckert (a.a.O., S. 475) eingeräumt; vgl. auch Gilsdorf, Kommentar von E. Grabitz, Art. 38, Rdnr. 18, sowie Ipsen, a.a.O., S. 689.
- 18 A.a.O., S. 101.
- 19 A.a.O., S. 97.
- 20 Vgl. etwa die auf Art. 43 und 55 gestützte VO 1430/79 über die Erstattung oder den Erlaß von Eingangs- und Ausfuhrabgaben, ABl. L 75/79, s. 1, geändert durch ABl.

- L 286/86, S. 1.
- 21 A.a.O., S. 94 ff.
- 22 So auch Langeheine, Kommentar von E. Grabitz, Art. 100, Rdnr. 77.
- 23 Vgl. Ehlermann, a.a.O., S. 101.
- 24 Vgl. die Art. 2-6 der VO 1035/72.
- 25 Art. 15-26 der VO 822/87 vom 16.3.1987 (ABl. L 84 vom 27.3.1987, S. 1), früher VO 337/79.
- 26 VO 355/79 (ABl. L 54 vom 5.3.1979, S. 99) i.V.m. VO 997/81 (ABl. L 106 vom 16.4.1981, S. 1), seither mehrfach geändert.
- 27 So Eckert, NJW 1967, S. 457/76.
- 28 Hierauf hat C.-D. Ehlermann schon im Jahr 1969 hingewiesen (Vgl. a.a.O., S. 102).
- 29 Vgl. hierzu Verfasser, in: Von der Groeben-Boeckh-Thiesing-Ehlermann, Kommentar zum EWG-Vertrag, 3. Aufl., Rdnr. 41 zu Art. 48.
- 30 Ehlermann, a.a.O., S. 102.
- 31 So nach Abschluß dieser Zeilen auch der EuGH in seinen schon oben zu Beginn des Punktes I. 4. zitierten Urteilen vom 23.2.1988. Nichtsdestoweniger hat der Rat am 19.10.1987 eine RL zur Änderung der RL 74/63/EWG über unerwünschte Stoffe in Futtermitteln (ABl. L 38/74 S. 31) wiederum auf die Art. 43 und 100 gestützt. In diesem Fall wird es die Kommission sein, die die doppelte Rechtsgrundlage mit einer Nichtigkeitsklage anfecht.
- 32 Vgl. aus jüngerer Zeit etwa ABl. L 172/86, S. 1 (Kooperationsabkommen EG/Mittelamerika) oder L 108/86, S. 1 (Kooperationsabkommen EG/Pakistan).
- 33 ABl. L 198/87, S. 1.
- 34 VO 2658/87 des Rates - ABl. L 256/87, S. 1.
- 35 VO 1999/85 - ABl. L 188/85, S. 1.
- 36 VO 2176/84 - ABl. L 201/84, S. 1.
- 37 VO 2641/84 - ABl. L 252/84, S. 1. Zur Tragweite dieser Regelung vgl. M. Hilf, in: RIW 1985, S. 297.

- 38 Eine pauschale Bezugnahme auf die Abweichungsmöglichkeiten vom Verbot der mengenmäßigen Beschränkungen findet sich im Gemeinschaftsrecht relativ häufig, vgl. etwa VO 925/79 über das gemeinsame Einfuhrregime gegenüber Staatshandelsländern (ABl. L 131/79, S. 1); ferner das nachfolgend noch zu behandelnde Einfuhrverbot für Walerzeugnisse.
- 39 ABl. L 141/69, S. 1; vgl. auch ABl. L 302/76, S. 1.
- 40 VO 1696/71 - ABl. L 175/71, S. 1.
- 41 ABl. L 357/86, S. 1.
- 42 Vgl. Art. 7 der VO 3842/86.
- 43 Vgl. ABl. C 20/85, S. 7.
- 44 Vgl. statt vieler Ch. Vedder, in: Grabitz, Kommentar zum EWG-Vertrag, Rdnr. 21-37 zu Art. 113.
- 45 So die Stellungnahme der Kommission im Verfahren Gutachten 1/78 - Naturkautschuk-Übereinkommen, Slg. 1979, 2871 (2884), besonders klar kommt die Auffassung der Kommission neuerdings im Tatbestand des Urteils vom 26.3.1987 in der RS 45/86 zum Ausdruck; aus der Literatur vgl. etwa R.C. Fischer, in: KSE Bd. 25 1/6; Nicolaysen, in: Festschrift für Schlochhauer, 1981, S. 855 (858).
- 46 Vgl. Gutachten 1/78, a.a.O., Slg. 1979, 2887. In der Literatur liegen auf der gleichen Linie: Ch. Sasse, in: KSE, S. 25, 29 (41); Schumacher, in: EuR 1977, S. 26 (31).
- 47 Nachweise bei Vedder, a.a.O., Rdnr. 40 zu Art. 113.
- 48 Dem vor kurzem ergangenen Urteil betreffend die Rechtsgrundlagen für das allgemeine System der Zollpräferenzen - Urteil vom 26.3.1987 in der RS 45/86, bisher unveröffentlicht - lassen sich sowohl Anhaltspunkte für die instrumentale, als auch für eine finale Betrachtung entnehmen.
- 49 Vgl. zu diesem Problemkreis Vedder, a.a.O., Rdnr. 51 ff.
- 50 ABl. C 285/82, S. 1.
- 51 ABl. L 91/83 S. 30; die Geltungsdauer des durch diese RL verhängten Einfuhrverbotes ist später aufgrund einer in der Basis-RL vorgesehenen Ermächtigung mit qualifizierter Mehrheit verlängert worden, vgl. ABl. L 259/85 S. 70.f

- 52 Eine gewisse Inkohärenz zu früheren Regelungen ist dennoch unverkennbar. So hat der Rat für ein vergleichbares Einfuhrverbot, das er im Jahre 1981 zum Schutz der Wale erlassen hat, nicht Art. 235 herangezogen, sondern sich auf die schon erwähnte Bestimmung in der gemeinsamen Marktordnung für Fette bezogen, derzufolge er mit qualifizierter Mehrheit von dem Verbot der mengenmäßigen Beschränkungen im Verkehr mit Drittländern abweichen kann, vgl. VO 348/81 - ABl. L 39/81 S. 1. Der zugrundeliegende Kommissionsvorschlag war in erster Linie auf Art. 113 gestützt, vgl. ABl. C 121/80 S. 9.
- 53 ABl. L 198/87 S. 1.
- 54 Anstelle von großen und kleinen Buchstaben sowie von römischen und arabischen Zahlen werden für die einzelnen Tarifpositionen nur noch arabische Zahlen verwandt.
- 55 VO 2096/87 des Rates, ABl. L 196/87 S. 4.
- 56 Convention douanière relative aux conteneurs vom 18.5.1956.
- 57 Die USA und Südkorea hatten den Beitritt der Gemeinschaft zu dem in Frage stehenden Abkommen hintertrieben, um die ihnen günstige Rechtslage aus der Zeit vor Inkrafttreten des EWG-Vertrages (12 verschiedene Zollgebühren anstelle eines einzigen!) so lange wie möglich aufrecht zu erhalten.
- 58 Dies wegen einer im Urteil 45/86 erscheinenden Wendung, daß es sich bei der Wahl zwischen zwei Rechtsgrundlagen, die unterschiedliche Abstimmungsmodalitäten vorsehen, nicht um eine "controverse de portée purement formelle" handle.
- 59 VO 2658/87, ABl. L 256/87 S. 1.
- 60 Vgl. die VOen 1445/72 und 1736/75 des Rates, ABl. L 161/72 S. 1 und 183/75 S. 3.
- 61 ABl. L 376/82 S. 1.
- 62 ABl. C 172/82 S. 2.
- 63 Vgl. Art. 14 Abs. 1 VO 3599/82.
- 64 Slg. 1979, 2871 (2917).
- 65 Ermittelt anhand des CELEX-Systems. Die genaue Zahl der bisher auf Art. 43 und Art. 100 gestützten RL beträgt 147.

- 66 Gegenüber nur rund 20 Abstimmungen im Jahre 1985. Die Tendenz des Jahres 1986 hat sich im Jahre 1987 fortgesetzt. Im ersten Semester dieses Jahres ist es etwa 50mal zu Abstimmungen mit qualifizierter Mehrheit gekommen.
- 67 Vgl. hierzu die vorstehenden Referate von Ress und Glaesner.
- 68 Vgl. das schon mehrfach erwähnte Urteil vom 26.3.1987 in der RS 45/86.

V O R T R A G

von Herrn Professor Dr. Hans Claudius TASCHNER,

M.C.J. (New York)

Abteilungsleiter der Kommission der Europäischen Gemeinschaften

QUALIFIZIERTE MEHRHEIT FÜR MASSNAHMEN ZUR RECHTSANGLEICHUNG

Qualifizierte Mehrheit für Maßnahmen zur Rechtsangleichung

Mit der "Einheitlichen Europäischen Akte" sucht die Europäische Gemeinschaft neue Wege. Gilt dies auch für die Rechtsangleichung? Sie, verehrter lieber Jubilar, haben von der hohen Warte des Juristischen Dienstes aus die oft drängenden Bemühungen der zuständigen Dienststellen mit klugem Rat und fördernder Kritik begleitet, dem ungestümen jungen Mann auch manchmal mit zur Vorsicht mahnender Geste die Hand auf den Arm gelegt. Aus den vielfältigen Begegnungen mit Ihnen habe ich viel gelernt. Diese Zeilen seien Ihnen zu Ihrem Festtage gewidmet.

I.

1. Art. 100 a Abs. 1 EWGV sieht "für die Verwirklichung der Ziele des Art. 8 a" Einheitliche Europäische Akte (EEA), die Herstellung des Binnenmarktes, vor, daß "der Rat die Maßnahmen zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten, die die Schaffung und das Funktionieren des Binnenmarktes zum Gegenstand haben", mit qualifizierter Mehrheit erläßt. In Absatz 2 des genannten Artikels 8 a wird der Begriff "Binnenmarkt" beschrieben als ein "Raum ohne Binnengrenzen, in dem der freie Verkehr von Waren, Personen, Dienstleistungen und Kapital gemäß den Bestimmungen dieses Vertrages gewährleistet ist". Art. 100 a gilt ausdrücklich "in Abweichung von Art. 100", der im Gegensatz zu der neuen Vorschrift bekanntlich Einstimmigkeit "für die Angleichung derjenigen Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten" verlangt, "die sich unmittelbar auf die Errichtung

oder das Funktionieren des Gemeinsamen Marktes auswirken". Beschreibt Art. 8 EEA den "Binnenmarkt" als "Raum ohne Binnengrenzen" - ich zögere, diese Worte eine Definition zu nennen -, so wird der in Art. 100 EWGV gebrauchte Begriff "Gemeinsamer Markt" nach übereinstimmender Meinung als ein Unternehmen verstanden, für das die Behinderungen des grenzüberschreitenden Waren-, Personen-, Dienstleistungs- und Kapitalverkehrs bei gleichzeitiger Errichtung und - so füge ich hinzu - Wahrung eines Systems unverfälschten Wettbewerbs auf diesem Markte (Art. 3 f) EWGV) zu beseitigen sind. Zu dem Verhältnis beider Artikel zueinander, zur Frage, ob sie sich ergänzen oder teilweise widersprechen, wenn ja, wie diese Widersprüche gelöst werden können, wird noch viel zu sagen sein. Dies ist jedoch nicht mein Thema heute.

Mein Thema ist die Feststellung, daß Art. 100 a Abs. 1 in Abweichung von Art. 100 und seinem Prinzip der Einstimmigkeit für Maßnahmen zur Rechtsangleichung die Abstimmung mit qualifizierter Mehrheit zuläßt, soweit durch eine solche Maßnahme wieder ein Schritt zur Verwirklichung des Binnenmarktes getan werden soll. Absatz 2 macht von dieser Verfahrensvorschrift jedoch gleich wieder eine Ausnahme, die zum Grundprinzip zurückführt, wenn er sagt: "Absatz 1 gilt nicht für Bestimmungen über die Steuern, die Bestimmungen über die Freizügigkeit und die Bestimmungen über die Rechte und Interessen der Arbeitnehmer". Das heißt: Für die Steuerharmonisierung, den freien Personenverkehr in dem "Raum ohne Binnengrenzen" und die rechtliche Ausformung von Arbeitnehmerrechten und -interessen in allen Mitgliedstaaten bleibt es bei ... ja, wobei? ... doch wohl bei der alten Regelung der Einstimmigkeit. Absatz 2 sagt, daß Absatz 1 nicht gilt. Heißt dies, daß nur die Verfahrensvorschrift der qualifizierten Mehrheit nicht gilt, oder gilt auch die Finalität der "Verwirklichung der Ziele

des Artikel 8 a" nicht? Ich nehme das erstere an. Der Grund für diese Rückkehr zum Prinzip der Einstimmigkeit liegt auf der Hand. Er ist rein politischer Natur: Vetorecht eines jeden Mitgliedstaates auf den politisch so sensiblen Gebieten des Steuerrechts, des Ausländerrechts, der Mitbestimmung.

2. Mit dieser Regelung wird ein alter Gegensatz des EWG-Vertrages fortgeführt, derjenige, daß für die Angleichung mancher Rechtsgebiete eine qualifizierte Mehrheit genügt, für andere jedoch ein einstimmiger Beschluß des Rates erforderlich ist. Zu den ersteren gehören die Verwirklichung der Freizügigkeit derjenigen (wohl natürlichen) Personen, die eine selbständige Erwerbstätigkeit ausüben wollen, Art. 54 Abs. 2, die gegenseitige Anerkennung der Diplome, Prüfungszeugnisse und sonstigen Befähigungsnachweise, Art. 57 Abs. 2, die Koordinierung der sogenannten "gesellschaftsrechtlichen Schutzbestimmungen" zur Verwirklichung der Niederlassungsfreiheit für Gesellschaften im Sinne des Art. 58 Abs. 2, damit also auch allen juristischen Personen, soweit sie einen Erwerbszweck verfolgen, die Verwirklichung des freien Dienstleistungsverkehrs, Art. 66, und die Verwirklichung des freien Kapitalverkehrs, Art. 69. Hinzu kommt Art. 101, der unter gewissen, bekanntlich sehr undeutlichen Voraussetzungen rechtsangleichende Maßnahmen in besonderen Fällen mit qualifizierter Mehrheit zuläßt.

Zu den Rechtsgebieten, die nur durch einstimmigen Beschluß angeglichen werden können, zählen alle, für die nicht ausdrücklich die qualifizierte Mehrheit zugelassen ist - Art. 100 ist eine Generalklausel -, und diejenigen, für die der EWG-Vertrag ausdrücklich die Einstimmigkeitsregel aufgestellt hat: Die Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften, die - Art. 56 Abs. 1 - "eine Sonderregelung für Ausländer vorsehen und aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Si-

cherheit oder Gesundheit gerechtfertigt sind", die Koordinierung der Devisenpolitik, Art. 70 Abs. 1, und schließlich die Harmonisierung der indirekten Steuern, Art. 99, der auf Art. 100 verweist.

Versucht man, die Regelung des Art. 100 a in diese Struktur des EWG-Vertrags einzuordnen, so ergibt sich, wenn ich recht sehe, nur eine, allerdings bedeutsame Änderung: Alle Rechtsgebiete, die den freien Warenverkehr betreffen, können, statt wie bisher nur einstimmig, jetzt mit qualifizierter Mehrheit angeglichen werden. Für die Bereiche Dienstleistungs- und Kapitalverkehr decken sich die Regeln. Dies gilt für das Steuerrecht, für das bisher schon Einstimmigkeit verlangt wurde. Für die Koordinierung der Devisenpolitik - soweit es hier überhaupt zu Maßnahmen kommt - bleibt es bei Art. 70 Abs. 1, da Art. 100 a Abs. 1 den bestehenden Sondervorschriften des EWG-Vertrags Vorrang einräumt. Gilt dieser Vorrang auch gegenüber Art. 54 Abs. 3 g), soweit Mitbestimmung, also Vertretung der Arbeitnehmerinteressen, als Strukturelement der Kapitalgesellschaften und/oder gesellschaftsrechtliche Schutzvorschrift zugunsten Dritter, spricht der Arbeitnehmer, angesehen wird? Beide Qualifizierungen sind wohl herrschende Meinung. Folgerichtig hat die Kommission in ihrem Vorschlag einer 5. Richtlinie zur Koordinierung gesellschaftsrechtlicher Schutzvorschriften nach Art. 54 Abs. 3 g) hinsichtlich der Struktur von Aktiengesellschaften auch Mitbestimmungsregeln aufgenommen. Entzieht Art. 100 a Abs. 2 diesem Teil des Richtlinienvorschlags den Boden? Beläßt es Abs. 2 dieser Vorschrift bei der Einstimmigkeit, gilt also für "Bestimmungen über die Rechte und Interessen der Arbeitnehmer" nur Abs. 1 S. 2 als nicht geschrieben, wie ich die Vorschrift verstehe, dann geht Art. 54 Abs. 3 g) mit seiner Möglichkeit zu qualifizierter Mehrheit ebenso vor wie Art. 70 Abs. 1 mit seinem Erfordernis der Einstimmigkeit trotz des nun möglichen Mehr-

heitsvotums für den freien Kapitalverkehr. Der Vertrag bestimmt es eben in beiden Fällen anders.

3. Halten wir als Ergebnis fest: "Maßnahmen zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten" können vom Rat mit qualifizierter Mehrheit zur Herstellung des freien Warenverkehrs, des freien Dienstleistungsverkehrs und des freien Kapitalverkehrs, für die Verwirklichung der Niederlassungsfreiheit selbständig tätiger (natürlicher) Personen und "Gesellschaften" im Sinne des Art. 58 Abs. 2 und die gegenseitige Anerkennung der Befähigungsnachweise zur Ausübung eines selbständigen Berufs sowie im Rahmen des Art. 101 erlassen werden. Einstimmigkeit ist erforderlich für die gleichen "Maßnahmen" zur Herstellung des freien Personenverkehrs, der Steuerharmonisierung, der Koordinierung der Devisenpolitik, der Koordinierung der Rechtsvorschriften über den ordre public sowie auf allen Rechtsgebieten, deren Regeln "sich unmittelbar auf die Entstehung oder das Funktionieren des Gemeinsamen Marktes auswirken", jedoch nicht "die Schaffung und das Funktionieren des Binnenmarktes" als eines "Raums ohne Binnengrenzen" zum Gegenstand haben.

Mit Verlaub - ein bizarres Ergebnis. Wenn wir den oberflächlichen, aber wohl wahrscheinlich zutreffenden Grund für diese Regelung, Vorbehalt der Einstimmigkeit lediglich aus politischen Gründen, beiseite lassen, so ist festzustellen, daß dieses Ergebnis weder systematisch noch dogmatisch zu rechtfertigen ist. Für die Niederlassungsfreiheit selbständig tätiger Personen qualifizierte Mehrheit, für den freien Personenverkehr Einstimmigkeit? Was zählt zum einen, was zum anderen? Für die grenzüberschreitende Fusion von Aktiengesellschaften - Gesellschaftsrecht - qualifizierte Mehrheit, für die indirekten Steuern auf Ansammlung von Kapital Einstimmigkeit? Wie steht es mit dem internationalen Kaufrecht - Ein-

stimmigkeit oder qualifizierte Mehrheit? Art. 100 oder 100 a? Gibt es ein Rechtsgebiet, das mehr den Warenverkehr regelt als das Kaufrecht? Denn: Ist "freier" Warenverkehr in dem zu schaffenden Raum ohne Binnengrenzen gewährleistet, wenn die Haftung für Nichterfüllung kaufrechtlicher Verpflichtungen unterschiedlich geregelt ist? Rechtsgrenzen sind doch Binnengrenzen, sonst würde Art. 100 a nicht die Angleichung der Rechtsvorschriften als Instrument zur Schaffung des Binnenmarktes, beschrieben als Raum ohne Binnengrenzen, nennen. Oder hindern die Unterschiede in den Gewährleistungsrechten für Sachmängel nicht den freien Warenverkehr, weil sie in der Abwägung ökonomischer Interessen allein schon ihrer Disponibilität wegen nicht ins Gewicht fallen - also kein Art. 100 a -, wirken sich aber doch unmittelbar auf den Warenverkehr, damit auf das Funktionieren des Gemeinsamen Marktes aus, so daß der Erlass einer Richtlinie zur Rechtsangleichung auf diesem Gebiet zulässig ist, allerdings nur einstimmig?

Und der Umweltschutz. Hier hat die politische Besorgnis eine besonders üppige Blüte getrieben, die allerdings, wie alle prachtvollen Species, ein wenig im Verborgenen blüht: In Art. 130 s EWGV, im neuen "Titel VII - Umwelt", hat der gemeinschaftliche Verfassungsgesetzgeber zwar ebenfalls die qualifizierte Mehrheit vorgesehen, dem Rat aber die Befugnis zugestanden, die Sachfragen zu bestimmen, die mit qualifizierter Mehrheit zu regeln sind - dies jedoch einstimmig. Und wie erschrocken manche Politiker über Art. 100 a Abs. 1 wohl waren, zeigt Absatz 4 dieser Vorschrift, der ja nun alle Kauteilen aufbietet, um auch nach dem Überstimmtwordensein die "einzelstaatliche Bestimmung" weiterhin beibehalten zu können...

II.

Was mich hinter dem Spaß am boshaft-ironischen Aufzeigen von Widersprüchlichkeiten und Ungereimtheiten nachdenklich macht, ist die Frage, ob Rechtsangleichung, gleich auf welchem Gebiet, überhaupt durch Mehrheitsbeschluß durchgeführt werden kann - oder, um es einfacher, unbürokratischer auszudrücken, ob die Rechte einzelner Mitgliedstaaten durch den Beschluß anderer Staaten, die ersteren gegenüber numerisch eine Mehrheit bilden, denen dieser Staaten angepaßt werden können, und zwar ganz offensichtlich gegen den Willen der überstimmten Regierungen und Parlamente. Ist die Einführung qualifizierter Mehrheit für Maßnahmen der Rechtsangleichung sachgerecht?

Um die Frage zu präzisieren: Das Mittel zur Durchführung der Rechtsangleichung ist - jedenfalls in der Regel - die Richtlinie, also das der Gemeinschaft eigentümliche, zweistufige Gesetzgebungsverfahren. Das ist im EWG-Vertrag so vorgesehen, auf alle Fälle in Art. 100. Zwar spricht Art. 100 a nur von "Maßnahmen", nicht von "Richtlinien" zur "Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften". Daraus ist abzuleiten, daß auch Verordnungen oder Empfehlungen zulässig sind. Die Regel wird aber wohl auch hier die Richtlinie als Rechtsinstrument sein.

Die Zweistufigkeit des Gesetzgebungsverfahrens bedingt jedoch, daß Gegenstand des mit qualifizierter Mehrheit zu fassenden Beschlusses noch nicht die neue Rechtsnorm ist - die entsteht als nationale Vorschrift erst durch Beschluß des zuständigen nationalen Gesetzgebungsorgans -, sondern der Artikel der Richtlinie, der den Inhalt der künftigen nationalen Rechtsnorm festlegt. Bei einer direkt geltenden Norm, auch wenn sie mit qualifizierter Mehrheit beschlossen worden ist,

stellt sich das hier aufgeworfene Problem wohl nicht, sicherlich nicht in demselben Maße, und würde sich auf die allgemeine Frage der Akzeptanz einer aufgezwungenen und nur widerwillig angenommenen Rechtsregel beschränken.

Denn bei einer allgemein und unmittelbar geltenden Norm der Europäischen Gemeinschaft, die mit qualifizierter Mehrheit beschlossen wird, liegen die Dinge nicht anders als bei Gesetzgebungsmaßnahmen des Gesetzgebungsorgans innerhalb eines Staates und einer Rechtsordnung: Die überstimmte Minderheit hat sich zu fügen. Die neue Norm muß durchgesetzt werden, innerhalb eines Staates notfalls mit Zwang, innerhalb der Europäischen Gemeinschaft durch die Überzeugung, daß eine Nichtbefolgung der Norm zum Auseinanderfallen dieser Gemeinschaft führt. Einen solchen Durchsetzungswillen gebietet die staatliche Autorität. Bei "Maßnahmen zur Rechtsangleichung" innerhalb der Europäischen Gemeinschaft, zumal im zweistufigen Gesetzgebungsverfahren, liegt der grundlegende Unterschied zu dieser Situation in dem Umstand, daß wir es bei dem Erlass einer Norm durch einen staatlichen Gesetzgeber mit der Schaffung des Rechtssatzes in einer und für eine Rechtsordnung zu tun haben, während sich in der Gemeinschaft, die das von außen bestrittene und im Innern manchmal umstrittene Attribut "europäisch" trägt, Staaten verschiedener Rechtsordnungen und völlig heterogener Rechtstraditionen zusammengefunden haben - bei der Rechtsangleichung nicht, um sich eine gemeinsame Rechtsordnung zu geben und diese weiterzuentwickeln, sondern diese so verschiedenen Rechtsordnungen einander anzunähern, zu koordinieren, zu harmonisieren. Geht das? Wir haben, wenn ich recht sehe, bisher wenig Erfahrung mit dieser Frage, da wir ja selbst dort, wo uns der EWG-Vertrag bereits die Möglichkeit zum Beschluß mit qualifizierter Mehrheit gibt, hiervon kaum Gebrauch gemacht haben. Der Grund ist bekannt. Jedoch ein Beispiel: Die 4. gesellschaftsrechtliche Richtlinie,

die sog. "Bilanz-Richtlinie", ist gegen die Stimme Belgiens verabschiedet worden. Der Widerstand dieses stets sehr europäisch gesonnenen Mitgliedstaates hatte seine Wurzeln aber nicht in der Ablehnung der Publizität für Kapitalgesellschaften als für die Rechtsauffassung dieses Landes artfremd, im Gegenteil. Belgien ging die Publizität der GmbHs, insbesondere die Zahl der von der Regelung erfaßten Gesellschaften, nicht weit genug. Das weist in den Problembereich, ob und inwieweit Richtlinien Minimum-Richtlinien sind oder einen allgemein verbindlichen Charakter haben.

Ich habe die Frage gestellt: Geht das, daß mit Mehrheit, also gegen den Willen eines oder mehrerer, in der Minderheit bleibender Mitgliedstaaten eine Rechtsnorm beschlossen wird, die auch in den ablehnenden Staaten zu Rechtsänderungen führt? Natürlich wird man einwenden können, "ja, das geht", denn die betroffenen Staaten, Regierungen und Parlamente haben der Einführung der Mehrstimmigkeitsregel, diesem Souveränitätsverlust ja zugestimmt. Meine Frage greift tiefer: Funktioniert das?

In meiner Erläuterung des Art. 100 im Kommentar von der Groeben-von Boeckh-Thiesing-Ehlermann habe ich das Erfordernis der Einstimmigkeit für die Rechtsangleichung für sachgerecht gehalten. Das wesentlichste Argument für diese Ansicht ist die Erwägung, daß die neue Rechtsnorm von allen Mitgliedstaaten mitgetragen werden muß, um Bestand zu haben. Das aufgepfropfte Reis muß anwachsen, sonst verdorrt es. Der Befehl des Gärtners wird da wenig helfen.

Vielleicht ist es möglich, zu unterscheiden zwischen Zweckmäßigkeitsregeln und Grundregeln einer Rechtsordnung, zwischen Rechtsangleichungsmaßnahmen auf dem Gebiet der Produktions- und Vermarktungsmethoden zur Beseitigung technischer

Handelshemmnisse auf einem Gemeinsamen Markt und dem Recht als heiliger Ordnung des Gemeinwesens? Richtlinien zur Betriebserlaubnis landwirtschaftlicher Zugmaschinen, über deren Höchstgeschwindigkeit, Sichtfeld, Scheibenwischer, Rückspiegel, Beleuchtungs- und Lichtsignaleinrichtungen kann man wohl nach Zweckmäßigkeitsgesichtspunkten beraten und entscheiden, auch mehrheitlich. Auch über eine Richtlinie zur Abschaffung des Eigentumsübergangs allein schon durch das Verpflichtungsgeschäft? Sagen Sie nicht, daß dieses theoretische Überlegungen seien.

Frage: Schaffung eines gemeinsamen Rechts des Eigentumsvorbehalts als Kreditunterlage für freien Warenverkehr im Raum ohne Rechtsgrenzen? Weshalb hat sich der Eigentumsvorbehalt in Deutschland so fruchtbar entwickelt? Weil wir im deutschen Recht Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft trennen. Der aufschiebend bedingte Eigentumsübergang erst nach Zahlung der letzten Rate des Kaufpreises bietet sich wie von selbst an. In Frankreich, Belgien und Luxemburg ist nach Art. 1583 cc der Eigentumserwerb des Käufers durch die Vereinbarung über Kaufgegenstand und Preis vollzogen. Sicher, es gibt auch in diesen Rechten die "réserve de propriété". Ihre Voraussetzungen sind aber sehr viel enger. Gesetzt den Fall, wir entwerfen eine Richtlinie, in der wir als Grundlage der Schaffung des Rechtsinstituts des Eigentumsvorbehalts für alle Mitgliedstaaten in Art. 1 die klare Trennung von Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft vorsehen, und gesetzt den Fall, es käme gegen die genannten Mitgliedstaaten, die zusammen nur 17 Stimmen haben - die "Sperrminorität" ist 23 Stimmen -, eine qualifizierte Mehrheit zustande - wäre es denkbar, daß eine davon getroffene Entscheidung, die ein Grundprinzip dieser Rechte ändert, von denen angenommen wird, die dieses Recht leben, von Richtern, Anwälten und Betroffenen? Zweckmäßigkeit oder heilige Ordnung des Gemeinwesens? Haftungsbegrenzung der

Höhe nach bei Gefährdungshaftungstatbeständen, Art. 16 der Produkthaftungsrichtlinie, heilige Ordnung des deutschen Gemeinwesens, nämlich Schutz der Haftenden vor (angeblich) uferloser, also ungerechter Haftung, oder Zweckmäßigkeit, wirtschaftliche Unterstützung ehemals junger, durch zu strenge Haftung bedrohter Industrien? Wo liegt die Grenze zwischen beiden Bereichen? Läßt sich eine solche Grenze vielleicht überhaupt nicht ziehen, weil Recht eben Recht ist, das eben diesen Charakter aus seiner Ordnungsfunktion herleitet, gleichgültig, welchen Stellenwert die fragliche Norm hat?

Fragen wie diese streifen rechtsphilosophische Erwägungen, vor denen ich mich sehr wohl hüte. Nur eine Bemerkung, die das Ergebnis der Erfahrung mit der Rechtsangleichung vor und nach dem Beitritt der beiden common-law-Staaten Großbritannien und Irland ist. Ich habe den Eindruck gewonnen, daß die kontinentalen Rechte, insbesondere die romanischen, in ihrem Rechtsverständnis eher der Auffassung der Nachbarkeit des Rechts zuneigen als die Länder des common-law - Recht als Ergebnis der Beschlußfassung des gesetzgebenden Verfassungsorgans, für heute so geschaffen, jedoch jederzeit ergänzungsfähig, abänderbar, wenn Abänderung notwendig und die Voraussetzungen hierfür gegeben sind, stets jedoch von gleichbleibender Qualität - kurz, machbar. Anders das common law: Kein englisches Parlament würde auch nur auf den Gedanken kommen, in die Bereiche des ungeschriebenen Rechts regelnd einzugreifen, das, königlichen Richtern anvertraut, von diesen behutsam von Fall zu Fall weiterentwickelt wird. Ja, der Ansatz allein für solche Überlegungen fehlt: Keine britische Regierung würde eine Gesetzesvorlage ausarbeiten, kein Abgeordneter die Initiative hierfür ergreifen. Wir Deutsche stehen wohl ein wenig zwischen beiden Auffassungen. Das Naturrecht hatte nach dem Krieg eine große Renaissance in Deutschland.

III.

Ich breche ab. Eine Lösung für die aufgeworfene Frage habe ich nicht. Die Praxis wird die Ergebnisse zeigen, wird aufweisen, wo eine mit qualifizierter Mehrheit durchgeführte Angleichungsmaßnahme zu lebendigem Recht in der Gemeinschaft führte und wo nicht. Heute genügt es, die Fragen zu stellen, die zum Nachdenken führen. Das Fragezeichen ist - das sage ich gern unseren Studenten hier, Herr Matthies - das Instrument, um, dem Pflug gleich, den Boden aufzureißen, in den das Samenkorn gelegt wird, aus dem der Baum der Erkenntnis wächst.

S C H L U S S W O R T

von Herrn Professor Dr. Heinrich MATTHIES
Generaldirektor e.h. der Kommission der EG

Sehr geehrter Herr Vizepräsident, liebe Kollegen und Kommilitonen,

gestatten Sie mir zunächst einige Bemerkungen zu den Referaten.

Sehr geehrter Herr Ress, ich glaube, der Verlauf der Veranstaltung hat gezeigt, daß Sie eine vorzügliche Wahl getroffen haben, indem Sie Art. 100 a der Akte - und mit dem Referat von Herrn Karpenstein allgemein die Frage von Entscheidungen mit qualifizierter Mehrheit - in den Mittelpunkt gestellt haben. Die Diskussion, die gerade zum Schluß noch besonders lebhaft geworden ist, hat eine ganze Reihe von Punkten aufgedeckt, die klärungsbedürftig sind und Stoff für weitere Forschungen geben werden. Everling hat in seinem jetzt in "Europarecht" veröffentlichten Bitburger Vortrag über den Gestaltungsbedarf des Europäischen Rechts gesagt, daß insbesondere Absatz 4 des Art. 100 a der Auslegung sicher noch Rätsel aufgeben werde. Die heutige Veranstaltung hat dazu beigetragen, die Lösung dieser Rätsel in Angriff zu nehmen.

Allerdings muß die Frage, ob Art. 100 a die Probleme der Rechtsangleichung im einheitlichen Binnenmarkt zu lösen imstande ist, noch weitgehend unbeantwortet bleiben. Da kann man wirklich sehr skeptisch sein. Ich will die Kritik nicht wiederholen, sondern nur hervorheben, daß Abs. 4 unbefristete Ausnahmen erlaubt. Die Bestimmung könnte daher den "acquis communautaire" und die bisherige Rechtsprechung beeinträchtigen, letztlich sogar einen echten Binnenmarkt vereiteln. Deshalb erscheint es mir für die Auslegung wesentlich, daß die Akte keinen Rückschritt will, sondern einen Fortschritt: Ich verweise auf die Art. 1 und 3. Die bisherige Rechtsprechung verbietet - worauf Herr Ress hingewiesen hat - einseitige, auf Art. 36 gestützte nationale Maßnahmen nur insoweit, als die Maßnahme der Rechtsangleichung das Gebiet vollständig und abschließend geregelt hat. Deshalb stellt sich doch die

Frage, ob bei Maßnahmen, die nach Art. 100 a im konkreten Falle mit qualifizierter Mehrheit ergangen sind, für die also keine Einstimmigkeit erzielt werden konnte, eine solche vollständige und abschließende Regelung nicht zu verneinen ist, ob es sich vielmehr nur um eine Vorstufe handelt, die eine gewisse Sogwirkung erzeugen und schließlich in eine vollständige Harmonisierung einmünden soll. Wenn man das so auslegen kann, ergibt sich kein Widerspruch: In der Vorstufe Art. 36 und "zwingende Erfordernisse", gegenüber der vollständigen und abschließenden Harmonisierung die gemeinschaftsrechtliche Schutzklausel, wie sie jetzt in Abs. 5 ausdrücklich vorgesehen ist. Weitere "Sicherheitsventile" sind die sogenannte Anpassung an den technischen Fortschritt, die weit auszulegen wäre, und die Beschränkung auf Rahmenrichtlinien, wobei der durch die Akte ergänzte Art. 145 eine elastische Handhabung ermöglicht.

Zu bedauern bleibt aber doch, daß Abs. 4 keine zeitliche Begrenzung vorsieht, sondern nach Art. 100 b Abs. 2 sogar über das Jahr 1992 hinaus anwendbar sein soll - ganz im Unterschied zu Art. 8 c, wo die Ausnahmebestimmungen ausdrücklich als solche vorübergehender Art bezeichnet werden.

Auf die einzelnen Referate will ich nicht im einzelnen eingehen, sondern nur noch einmal hervorheben, daß in der Zwölfer-Gemeinschaft sehr genau geprüft werden sollte, ob Entscheidungen mit qualifizierter Mehrheit möglich und nötig sind, also z.B. ob Art. 43 oder Art. 113 keine ausreichende Rechtsgrundlage sind. Es ist deshalb zu begrüßen, daß die Kommission nicht zögert, jetzt auch durch Klage vor dem Gerichtshof ihren Rechtsstandpunkt zu vertreten - einen ersten Erfolg hat sie ja in der Frage der allgemeinen Zollpräferenzen bereits errungen (Urteil vom 26. März 1987).

Zu Umfang und Gegenstand der Rechtsangleichung eine Ergänzung: Er gilt für die Verwirklichung der Ziele des Art. 8 a, und dazu verweist eine Erklärung der Konferenz auf das Weißbuch der Kommission und das ihm beigefügte Programm. Im Weißbuch kann man also eine gewisse Interpretation und Konkretisierung finden.

Allerdings müssen wir uns bewußt bleiben, daß auch mit der vollständigen Erfüllung des Programms der Binnenmarkt noch nicht verwirklicht ist. Die angenommenen Maßnahmen müssen umgesetzt und angewandt werden, und das kann die Kommission allein nicht kontrollieren. Auch die Urteile des Gerichtshofs, die eine Vertragsverletzung wegen Nichtumsetzung von Richtlinien feststellen, zeigen ein Problem auf. Es ist nur zu lösen durch Initiativen auch der Privaten, durch Einschaltung der nationalen Gerichte und wo möglich durch Dezentralisierung. Letzten Endes ist die entsprechende gemeinschaftsfreundliche Einstellung bis hinunter zu lokalen Instanzen entscheidend. Anstatt die EG und "die in Brüssel" als Gegner anzusehen, die in nationale Kompetenzen, etwa in die Kulturhoheit der deutschen Bundesländer, eingreifen wollen, muß die Erkenntnis zunehmen, daß die Gemeinschaft und ihre Förderung im wohlverstandenen gemeinsamen Interesse aller liegen.

Zu einer solchen Sinnesänderung trägt, glaube ich, die Arbeit des Europa-Instituts in hervorragender Weise bei. Das erklärt, daß schreibende Praktiker - wie Herr Ipsen uns europäische Beamte genannt hat -, wenn sie einen Hang zu Wissenschaft und Lehre verspüren, den weiten Weg von Brüssel nach Saarbrücken nicht scheuen. Ich werde stets mit Dankbarkeit daran zurückdenken, daß die Universität Saarbrücken und ihr Europa-Institut mir die Möglichkeit gegeben haben, einen Beitrag zur Verbreitung und Vertiefung der Kenntnis des Gemeinschaftsrechts zu leisten. Ich freue mich besonders, daß Herr

Aubin anwesend ist, der mich vor 30 Jahren in Stresa eingeladen hat, eine Vorlesung in Saarbrücken zu übernehmen. Später war es dann Herr Constantinesco, der in besonderer Weise von der Notwendigkeit der europäischen Integration durchdrungen war. Unter Ihrer Leitung, Herr Ress, hat das Europa-Institut einen neuen Aufschwung genommen und seine Tätigkeit beträchtlich erweitert.

Ich schließe mit meinem nochmaligen Dank an Sie alle und den besten Wünschen für eine weitere erfolgreiche Tätigkeit.

**Liste der Veröffentlichungen von
Herrn Professor Dr. Heinrich MATTHIES**

I. Monographien; Artikel in Sammelwerken und Kommentaren

1. Die deutsche internationale Zuständigkeit. V. Klostermann Frankfurt a.M. 1955 (Band 12 der "Frankfurter Wissenschaftlichen Beiträge", Rechts- und wirtschaftswissenschaftliche Reihe).
2. Kommentar zu Art. 66 EGKS-V, in: Commentario CECA, Quadri-Monaco-Trabucchi, vol. II p. 916-944. Giuffrè Ed., Milano 1970.
3. Die Fusionskontrolle, in: Bernini/Jaeger/Matthies, Kartellverbot und Fusionskontrolle in der Montanunion, S. 89-127. Athenäum-Verlag, Frankfurt a.M. 1972.
4. CECA - Droit de la concurrence -, in: Gide/Loyrette/Noel, Dictionnaire du Marché Commun (bis 1978).
5. Kommentar zu den Art. 223-225 EWGV, in: Groeben/Boeckh/Thiesing/Ehlermann (Hrsg.), Kommentar zum EWG-Vertrag, 3. Aufl. 1983, Band 2, S. 1027-1039. Nomos, Baden-Baden.
6. Kommentierung der Art. 30 - 37 EWGV, in: Grabitz (Hrsg.), EWG-Vertrag, C.H. Beck, München 1984 (Loseblattsammlung).
7. Aktuelle Rechtsentwicklungen auf dem Binnenmarkt der EG, in: Schwarze/Bieber (Hrsg.), Das europäische Wirtschaftsrecht vor den Herausforderungen der Zukunft. Nomos Baden-Baden 1985, S. 25-39.

II. Beiträge zu Festschriften

1. Gemeinschaftsunternehmen in der Montanunion, in: Festschrift Franz Böhm, C.F. Müller, Karlsruhe 1965.
2. Die Bindungswirkung von Urteilen des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften, in: Festschrift Walter Hallstein, V. Klostermann, Frankfurt a.M. 1966.
3. Herkunftsangaben und europäisches Gemeinschaftsrecht, in: Festschrift Gerhard Schiedermaier, C.H. Beck, München 1976.
4. Die Verantwortung der Mitgliedstaaten für den freien Warenverkehr im Gemeinsamen Markt, in: Festschrift Hans Peter Ipsen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen 1977.
5. Die Verfassung des Gemeinsamen Marktes, in: Gedächtnisschrift Christoph Sasse, Nomos, Baden-Baden 1981.
6. Zur Auslegung des Gemeinschaftsrechts im Vorlageverfahren (Art. 177 EWGV) - Rechte des Gemeinschaftsbürgers gegen den Staat und gegen andere Gemeinschaftsbürger, in: Gedächtnisschrift Léontin-Jean Constantinesco, Carl Heymanns Verlag, Köln 1983.
7. Zur Anerkennung gleichwertiger Regelungen im Binnenmarkt der EG (Art. 100 b EWGV) - wird in Festschrift Ernst Steindorff, Walter de Gruyter, Berlin, veröffentlicht werden -.

III. Aufsätze in Zeitschriften

1. Das Recht der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl und die nationalen Gerichte der Mitgliedstaaten, in: Juristenzeitung, 1954, S. 305-309.
2. Der Gerichtshof der Montanunion und dritte Länder, in: Österreichische Juristenzeitung, 1955, S. 75 - 76.
3. Zur Nachprüfungsbefugnis des Gerichtshofs der Montanunion, in: Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, 1956, S. 427 - 450.
4. Die rechtliche Erfassung von Zusammenschlußvorgängen, in: Wirtschaft und Wettbewerb, 1962, S. 328 - 334.
5. L'article 65 du Traité CECA et le juge national, in: Annales de droit et de sciences politiques, 1964, p. 123 - 136.
6. Art. 65 des EGKS-Vertrages und der nationale Richter, in: ZHR, 1965, S. 99 - 113.
7. Rechtsfragen der Stahlkrise im Gemeinsamen Markt, in: Europarecht, 1983, S. 318 - 336.
8. Grundlagen des Subventionsrechts und Kompetenzen aus EG-rechtlicher Sicht, in: ZHR, 1988, S. 442 - 454.

IV. Kongreßreferate und Rezensionen (Auswahl)

1. Empfiehlt es sich, die Bestimmungen des europäischen Gemeinschaftsrechts über den Rechtsschutz zu ändern oder zu ergänzen? Referat auf dem 46. Deutschen Juristentag - Europarechtliche Arbeitsgemeinschaft - Essen, 1966 (Sitzungsberichte Band II Teil G, S. 53 - 96, C.H. Beck, München und Berlin 1967).
2. Die Rechtsprechung des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften zu den Fragen der europäischen Wirtschaftsordnung, Bericht für den 6. Internationalen Kongreß für Europarecht - FIDE - Luxemburg, 1972 (veröffentlicht in: Die europäische Rechtsprechung nach zwanzig Jahren Gemeinschaftsleben, Kölner Schriften zum Europarecht, Band 24, S. 551 - 631, Carl Heymanns Verlag, Köln 1976).
3. Zehn Buchbesprechungen, zuletzt:
 - Monopolkommission, Sondergutachten 13 zur Neuordnung der Stahlindustrie; Mestmäcker, Europäische Kartellpolitik auf dem Stahlmarkt; Stotz, Die EG-Stahlkrise im Lichte der Wirtschaftsverfassung des EGKS-Vertrages in: Europarecht, 1983, S. 390 - 393.
 - Iliopoulos, Gemeinschaftsunternehmen im EGKS- und EWG-Kartellrecht in: Europarecht, 1987, S. 93 - 95.
 - Hausner, Die Zulässigkeit von Subventionen nach Art. 4 c EGKS-Vertrag in: DVBl 22/1988, S. 1132.